

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106123>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

Onderzoekcentrum
Onderneming  Recht

DE FAILLISSEMENTSPAULIANA

Mr. R.J. van der Weijden



DE FAILLISSEMENTSPAULIANA

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

onder redactie van

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann
Prof.mr. N.E.D. Faber

deel 75

DE FAILLISEMENTSPAULIANA

PROEFSCHRIFT

**TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT NIJMEGEN
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS,
PROF.MR. S.C.J.J. KORTMANN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN
OP WOENSDAG 28 NOVEMBER 2012
OM 15.30 UUR PRECIES**

DOOR

ROBBERT JAN VAN DER WEIJDEN

**GEBOREN OP 12 APRIL 1983
TE DOESBURG**

KLUWER – DEVENTER – 2012

Promotores:

- Prof.mr. S.E. Bartels
- Prof.mr. N.E.D. Faber

Manuscriptcommissie:

- Prof.mr. J.J. van Hees
- Prof.mr. H.L.E. Verhagen
- Prof.mr. B. Wessels (Universiteit Leiden)

ISBN 978 90 13 11003 6
ISBN 978 90 13 11004 3 (E-Publishing)
NUR 827-704

Ontwerp omslag: Cremers visuele communicatie
Lay-out tekst: Gonnie Jakobs

© 2012, R.J. van der Weijden, Nijmegen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden veeleelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)-overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl.

WOORD VOORAF

De faillissementspauliana behoort tot de klassieke figuren van het Nederlandse faillissementsrecht. Zij is een voor de rechtspraktijk belangrijke figuur, die opvalt vanwege haar complexiteit:

"De regeling van de zoogenaamde actio Pauliana en hetgeen daarmee samenhangt, van het recht der schuldeischers handelingen huns schuldenaars van hunne rechtskracht te berooven, is van alle vraagstukken, waartoe het materieel faillietenrecht aanleiding geeft, het moeilijkste."¹

In zijn toegankelijk geschreven proefschrift legt Van der Weijden de fundamenteën van de huidige regeling van de faillissementspauliana bloot en verdedigt hij dat bepaalde maatschappelijke en juridische ontwikkelingen dwingen om deze figuur op onderdelen ingrijpend te herzien. Hij doet in dit verband voorstellen tot aanpassing, die de faillissementspauliana beter zouden moeten doen beantwoorden aan haar functie als instrument ter bestrijding van benadeling van schuldeisers. Het proefschrift van Van der Weijden omvat tevens een heldere analyse van het geldende recht, waarbij de auteur laat zien over een goed inzicht in civielrechtelijke vraagstukken te beschikken. Zijn beschouwingen zijn van belang voor wetenschap en praktijk. Met veel genoegen nemen wij dit proefschrift dan ook op in de Serie Onderneming en Recht.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber

Nijmegen, juli 2012

1 Van der Feltz I, p. 432.

INHOUDSOPGAVE

Lijst van gebruikte afkortingen

XIII

HOOFDSTUK 1 INLEIDING 1

1. Introductie van het onderwerp 1
2. Doel- en probleemstelling 3
3. Belang van het onderzoek 4
4. Afbakening van het onderzoek 7
5. Plan van behandeling 7

HOOFDSTUK 2 UITGANGSPUNTEN VAN DE WETGEVER 9

1. Inleiding 9
2. Reconstructie van de faillissementsboedel 9
 - 2.1. Geen schadevergoeding maar herstel in de oude toestand 9
 - 2.2. Beperkt tot rechtshandelingen... 10
 - 2.3. ...die vóór het faillissement door de schuldenaar zijn verricht 12
3. Ten behoeve van de benadeelde schuldeisers 13
 - 3.1. Benadeling van schuldeisers vereist 13
 - 3.2. De nietigheid werkt niet verder dan het belang van de schuldeisers rechtvaardigt 14
 - 3.3. De curator treedt ten behoeve van de schuldeisers op 15
4. Toepassing van de faillissementspauliana blijft beperkt tot uitzonderingssituaties 16
 - 4.1. Autonomie van de schuldenaar met betrekking tot zijn vermogen 16
 - 4.2. Geen categorie van absoluut nietige rechtshandelingen 17
5. Een onderscheid tussen onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen 19
 - 5.1. Algemeen 19
 - 5.2. Onverplicht verrichte rechtshandelingen: wetenschap van benadeling 19
 - 5.3. Verplicht verrichte rechtshandelingen 21
 - 5.3.1. Inleiding 21
 - 5.3.2. Verplichtingen moeten worden nagekomen 22
 - 5.3.3. Het ius vigilantibus 23
 - 5.3.4. Uitzondering op de hoofdregel: art. 47 Fw 24
 - 5.4. Conclusie 25

VII

6.	Een afzonderlijke regeling voor onverplicht verrichte rechtshandelingen om niet	26
6.1.	Geen wetenschap van benadeling vereist bij degene met of jegens wie de rechtshandeling is verricht...	26
6.2.	...maar wel bescherming bij goede trouw voor zover hij niet is gebaat	28
6.3.	Wel wetenschap van benadeling vereist bij de schuldenaar	28

HOOFDSTUK 3 DE AANGEVOCHTEN RECHTSHANDELING 31

1.	Inleiding	31
2.	Rechtshandeling	32
2.1.	Algemeen	32
2.2.	Nalaten	33
2.3.	Samenstel van rechtshandelingen	36
2.3.1.	Vernietiging van rechtshandelingen afzonderlijk	36
2.3.2.	Vernietiging van een samenstel als zodanig is niet mogelijk	37
2.3.3.	Vernietiging van alle tot het samenstel behorende rechtshandelingen (afzonderlijk) is niet verplicht	38
3.	Verricht door de schuldenaar	43
3.1.	Algemeen	43
3.2.	Voldoening door de schuldenaar	45
3.3.	Door derden in eigen naam voor rekening van de schuldenaar verrichte rechtshandelingen	47
3.4.	Voldoening door tenuitvoerlegging van een executoriale titel	49
4.	Vóór faillissement verricht	53
5.	Conclusie	54

HOOFDSTUK 4 BENADELING VAN SCHULDEISERS 57

1.	Inleiding	57
2.	Benadeling in verhaalsmogelijkheden	58
2.1.	Geen verruimde pauliana	58
2.2.	Geen specifieke schuldeisersbenadeling	60
2.3.	De faillissementsboedel als afgescheiden vermogen	66
3.	Twee typen benadeling	68
3.1.	Algemeen	68
3.2.	Vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar	72
3.3.	Verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde	75
4.	Benadeling van welke schuldeisers?	77
4.1.	Een of meer faillissements- of boedelschuldeisers	77
4.2.	Post-faillissementsschuldeisers	81
4.3.	Benadeling van posterieure schuldeisers	83

5. De benadelingstoets	86
5.1. Algemeen	86
5.2. Samenstel van rechtshandelingen	90
5.2.1. Algemeen	90
5.2.2. Nadelige gevolgen van andere rechtsfeiten	90
5.2.3. Gunstige gevolgen van andere rechtsfeiten	91
6. Conclusie	94

HOOFDSTUK 5 WETENSCHAP EN OVERLEG 97

1. Inleiding	97
2. Onverplicht of verplicht	98
2.1. Algemeen	98
2.2. Wettelijke of contractuele verplichting	99
3. Onverplicht verrichte rechtshandelingen	100
3.1. Wie moet(en) wetenschap van benadeling hebben?	100
3.1.1. Algemeen	100
3.1.2. Het onderscheid tussen om niet en anders dan om niet verrichte rechtshandelingen moet komen te vervallen	102
3.1.3. Het vereiste van wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar moet komen te vervallen	104
3.1.4. Bijzondere regelingen voor bepaalde eenzijdig ongerichte rechtshandelingen	105
3.2. Wetenschap van benadeling	106
3.2.1. Algemeen	106
3.2.2. Wetenschap van het aanstaande faillissement	109
3.2.3. Wetenschap van het gevolg van de aangevochten rechtshandeling	111
3.2.4. Samenstel van rechtshandelingen	114
3.2.4.1. Algemeen	114
3.2.4.2. Benadering via het causaal verband	116
3.2.4.3. Benadering via wetenschap van benadeling	117
3.2.4.4. Bijkomende omstandigheden	121
3.2.4.4.1. Algemeen	121
3.2.4.4.2. Hanzebank/Van Elswijk	122
3.2.4.4.3. Burghgraef/Zeven q.q.	125
3.2.4.4.4. Bosselaar q.q./Interniber I	128
3.2.4.4.5. Van Dooren q.q./ABN AMRO II	132
3.3. Wettelijke vermoedens van wetenschap van benadeling	140
3.3.1. Algemeen	140
3.3.2. Art. 43 Fw	142
3.3.2.1. Algemeen	142
3.3.2.2. Aard van de rechtshandeling	143
3.3.2.3. Hoedanigheid van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde	146

3.3.3. Art. 45 Fw	146
4. Verplicht verrichte rechtshandelingen	147
4.1. Inleiding	147
4.2. Twee alternatieve subjectieve vereisten	148
4.2.1. Wetenschap van de faillissementsaanvraag	148
4.2.1.1. Algemeen	148
4.2.1.2. Rechtvaardiging vernietiging	151
4.2.2. Overleg	154
4.2.2.1. Algemeen	154
4.2.2.2. Rechtvaardiging vernietiging	155
4.3. Art. 3.2.5 Voorontwerp Insolventiewet: een verbetering?	157
4.3.1. Algemeen	157
4.3.2. Twee cumulatieve subjectieve vereisten	158
4.3.3. De driemaandentermijn	161
4.3.4. De tenzij-clausule	163
5. Niet nadelig samenstel van rechtshandelingen	167
5.1. Inleiding	167
5.2. Verbetering verhaalsmogelijkheden schuldeisers	167
5.3. Het criterium	169
5.3.1. Curatoren Eneca/BACM	169
5.3.2. Loeffen q.q./Mees & Hope II	173
5.3.3. Smit/Van Hees q.q.	176
5.4. Een uitzondering op de hoofdregel?	178
6. Conclusie	183

HOOFDSTUK 6 Vernietiging en rechtsgevolgen 187

1. Inleiding	187
2. Vernietiging	188
2.1. De faillissementspauliana als vernietigingsactie	188
2.2. Terugwerkende kracht	189
2.3. In en buiten rechte	190
2.4. Verjaring van de rechtsvordering	192
3. Bevoegdheid om te vernietigen	193
3.1. Tijdens faillissement	193
3.2. Einde van het faillissement	195
4. Subjectief relatieve werking	197
4.1. Algemeen	197
4.2. Art. 51 lid 1 Fw	199
4.2.1. Algemeen	199
4.2.2. Gevolgen van de vernietiging	200
4.2.2.1. Vernietiging van een overeenkomst	200
4.2.2.2. Vernietiging van een betaling	203
4.2.2.3. Verrekening van de in art. 51 lid 1 Fw bedoelde vorderingen	204

4.2.3. Onverschuldigde betaling	205
4.3. Art. 51 lid 3 Fw	206
4.3.1. Algemeen	206
4.3.2. Gevolgen van de vernietiging	206
4.3.3. Art. 51 lid 3 Fw is niet van toepassing bij de vernietiging van een betaling	207
5. Objectief relatieve werking	209
5.1. Algemeen	209
5.2. Verschillen tussen art. 51 Fw en objectief relatieve werking	211
5.2.1. Aanbod tot opheffing van het nadeel	211
5.2.2. De status van de in art. 51 lid 3 Fw bedoelde vorderingen	213
5.2.3. De rang van de in art. 51 lid 3 Fw bedoelde vordering op de boedel	215
5.3. Benadeling deels door een ander rechtsfeit veroorzaakt	216
6. Derdenbescherming	217
6.1. Inleiding	217
6.2. Art. 51 lid 2 Fw	219
6.2.1. Eerste zin: bescherming van derden te goeder trouw die anders dan om niet hebben verkregen	219
6.2.2. Tweede zin: bescherming van derden te goeder trouw die om niet hebben verkregen	223
6.3. Waarom heeft de faillissementspauliana een eigen regeling van derdenbescherming?	226
6.3.1. Art. 2014 BW (oud) bood geen bescherming aan de verkrijger van een (beperkt) recht op een registergoed	226
6.3.2. Het terugkooprecht in het voorgestelde art. 3.4.2.3a BW	227
6.3.3. Een gelijke 'bescherming' voor rechtstreekse verkrijgers en opvolgende verkrijgers?	228
6.3.4. Voorontwerp Insolventiewet	231
7. Conclusie	232
 HOOFDSTUK 7 CONCLUSIE	 235
1. Inleiding	235
2. De centrale rol van de schuldenaar verdwijnt	235
3. Conceptuele aanpassingen	239
4. Normatieve aanpassingen	241
 SUMMARY	 247
 Lijst van verkort aangehaalde literatuur	 251
 Wetsartikelenregister	 263

Inhoudsopgave

Jurisprudentieregister	267
Trefwoordenregister	273
Woord van dank	279
Curriculum Vitae	

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
ABV	Algemene Bankvoorwaarden
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel(en)
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BW	Burgerlijk Wetboek
c.a.	cum annexis
c.q.	casu quo
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
e.a.w.	en andere wetten
etc.	et cetera
e.v.	en volgende
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Inv.	Invoering
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
Ktg.	Kantongerecht
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NIBE	Nederlands Instituut voor Bank- en Effectenrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	NJ Feitenrechtspraak
nr.	nummer(s)
nt.	noot
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
p.	pagina('s)
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
P-G	Procureur-Generaal
q.q.	qualitate qua
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
RJvdW	Schrijver dezes
r.o.	rechtsoverweging(en)
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
t/m	tot en met
TOP	Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk

Lijst van gebruikte afkortingen

TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
vgl.	vergelijk
V-N	Vakstudie Nieuws
V&O	Vennootschap & Onderneming
W.	Weekblad van het recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

1. INTRODUCTIE VAN HET ONDERWERP

Het faillissement is te omschrijven als een collectief beslag op het vermogen van een schuldenaar ten behoeve van zijn schuldeisers. Bij de afwikkeling van het faillissement geldt als uitgangspunt dat de curator het vermogen van de schuldenaar te gelde maakt en de schuldeisers vervolgens met inachtneming van de tussen hen bestaande rangorde uit de netto-opbrengst voldoet. Vanaf de faillietverklaring dient het vermogen van de schuldenaar in beginsel dus nog slechts als verhaalsobject voor zijn schuldeisers. Om dit verhaalsobject te waarborgen geldt onder meer dat de schuldenaar vanaf de aanvang van de dag waarop zijn faillissement is uitgesproken de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen verliest (art. 23 Fw), de boedel in beginsel niet meer aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan (art. 24 Fw), door de faillietverklaring alle gerechtelijke tenuitvoerlegging op enig deel van het vermogen van de schuldenaar een einde neemt en de vóór het faillissement gelegde beslagen komen te vervallen (art. 33 lid 1 en 2 Fw).

Totdat het faillissement is uitgesproken, gelden deze waarborgen niet. Hierdoor kunnen in de periode voorafgaand aan het faillissement nog handelingen plaatsvinden die gevolgen hebben voor de omvang van het vermogen van de schuldenaar en de uiteindelijke verdeling daarvan. Dit kan ertoe leiden dat bepaalde schuldeisers slechter af zijn dan zonder de desbetreffende handeling het geval zou zijn geweest. Het belang van de schuldeisers brengt mee dat onder omstandigheden tegen deze benadeling moet kunnen worden opgekomen. De Nederlandse regelgeving kent dan ook verscheidene in de wet verankerde, dan wel in de jurisprudentie geformuleerde, regels die beogen onoorbare schuldeisersbenadeling tegen te gaan. Die van de faillissementspauliana zijn daarvan het meest karakteristiek.¹ Dit laatste is onder meer toe te schrijven aan de ingrijpende en

1 Andere instrumenten waarmee benadeling van schuldeisers kan worden bestreden zijn de regels betreffende bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9, 2:138/248 BW), de regels betreffende verrekening (art. 6:127 e.v. BW en art. 53 en 54 Fw) en de zorgvul-

tevens bijzondere rechtsgevolgen die aan een succesvol beroep op de faillissementspauliana zijn verbonden.

Het bijzondere karakter van de faillissementspauliana laat onverlet dat het op onoorbare wijze benadelen van schuldeisers ook met andere instrumenten kan worden bestreden. Hierbij kan met name worden gedacht aan de vordering uit onrechtmatige daad.² Benadeling in verhaalsmogelijkheden zou per slot van rekening kunnen worden gezien als een bijzondere vorm van 'schade' als bedoeld in art. 6:162 lid 1 BW. Het is zelfs vaste rechtspraak dat in gevallen waarin tegen degene met of jegens wie de schuldenaar heeft gehandeld zowel een beroep op de faillissementspauliana wordt gedaan, als een vordering uit onrechtmatige daad wordt ingesteld, het lot van de ene vordering in beginsel dat van de andere zal delen.³ Hierdoor rijst de vraag of er naast de algemene schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad, nog wel behoefte bestaat aan een uitsluitend op verhaalsbenadeling van schuldeisers toegespitst instrument als de faillissementspauliana. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. De meerwaarde van de faillissementspauliana ten opzichte van de vordering uit onrechtmatige daad is op de eerste plaats dat zij geen schadevergoedingsactie is, maar een vernietigingsactie. Door het goederenrechtelijk effect van de vernietiging, ondervinden de benadeelde schuldeisers bij een beroep op de faillissementspauliana in minder gevallen de negatieve gevolgen van mogelijke insolventie van degene jegens wie de actie is ingesteld, dan het geval is wanneer met een vordering uit onrechtmatige daad tegen hun benadeling wordt opgekomen.⁴ De kans dat het nadeel ook daadwerkelijk ongedaan wordt gemaakt, is hierdoor bij een geslaagd beroep op de faillissementspauliana aanzienlijk groter. Daarnaast biedt de regeling van de faillissementspauliana de mogelijkheid enkele specifiek op het tijdens faillissement bestrijden van verhaalsbenadeling van schuldei-

digheidsnorm die besloten ligt in art. 6:162 BW. Zie voor specifieke toepassingen van laatstgenoemde bepaling in dit verband onder meer HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514, nt. LEHR (*Erba/Amsterdamse Bank I*); HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, nt. BW (*Peeters q.q./Gatzen*); HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, nt. Ma (*Beklamel*) en HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727, nt. PvS; JOR 1998/107, nt. I (*Coral/Stalt*).

2 Zie HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514, nt. LEHR (*Erba/Amsterdamse Bank I*).

3 Zie HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, nt. WMK (*Sigmacon II*); HR 30 mei 1997, NJ 1997, 663, nt. Ma; JOR 1997/111, nt. JvH (*Van Essen q.q./Aalbrecht*) en HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, nt. PvS; JOR 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*).

4 Vriesendorp 1992, p. 195 en Van Koppen 1998-I, p. 291 verdedigen mijns inziens ten onrechte dat in gevallen waarin de benadeling met een vordering uit onrechtmatige daad wordt bestreden, de rechter ingevolge art. 6:103 BW de mogelijkheid heeft bij wijze van schadevergoeding relatieve nietigheid aan de rechtshandeling te verbinden. Het gesloten stelsel van nietigheden en vernietigbaarheden staat aan een dergelijke mogelijkheid in de weg, zie ook A. van Hees 1998, p. 2, voetnoot 2.

sers toegespitste regels te formuleren. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan regels omtrent ontvankelijkheid en bewijs, maar ook aan de criteria aan de hand waarvan moet worden getoetst of sprake is van onoorbaar handelen. Zo heeft de wetgever binnen de regeling van de faillissementspauliana verschillende categorieën van rechtshandelingen onderscheiden en voor elk van deze categorieën zeer nauwkeurig aangegeven onder welke omstandigheden hij benadeling van schuldeisers ontoelaatbaar acht. Daarnaast heeft hij een bepaling opgenomen waarin de rechtsgevolgen van een succesvol beroep op de faillissementspauliana geregeld zijn. Een dergelijk gedetailleerde regeling maakt de faillissementspauliana – ondanks haar dogmatische complexiteit – voor de curator tot een overzichtelijk en relatief eenvoudig te hanteren instrument. Niet voor niets wordt de regeling van de faillissementspauliana in dit verband wel eens vergeleken met een spoorboekje.

2. DOEL- EN PROBLEEMSTELLING

Het gegeven dat de faillissementspauliana bestaat uit een aantal nauwkeurig omschreven vereisten en rechtsgevolgen, is niet enkel de kracht, maar tevens een potentiële zwakte van het instrument. Het risico van een dergelijk gedetailleerde regeling met relatief weinig open normen is dat deze naar verloop van tijd, mede als gevolg van bepaalde ontwikkelingen die in het maatschappelijk verkeer hebben plaatsgevonden, niet meer volledig beantwoordt aan haar doel en strekking. Twee van die voor de faillissementspauliana relevante ontwikkelingen zijn de opkomst van het girale betalingsverkeer en het steeds vaker voorkomen van zogeheten 'negatieve boedels'. Daarnaast geldt dat het rechtsverkeer thans vele malen complexer is dan ten tijde van de totstandkoming van de huidige regeling van de faillissementspauliana eind 19^e eeuw. Rechtshandelingen staan vandaag de dag veelal niet meer op zichzelf, maar maken deel uit van meer omvattende transacties. Het uitsluitend kijken naar het effect van één bepaalde rechtshandeling doet dan geen recht aan het doel en de strekking van de faillissementspauliana, omdat dit zou leiden tot een enerzijds te enge en anderzijds te ruime vernietigingsmogelijkheid voor de curator. Te eng, omdat partijen door het op een bepaalde manier vormgeven van een transactie aan een succesvol beroep op de faillissementspauliana zouden kunnen ontsnappen, ondanks dat hun handelen bijvoorbeeld uitsluitend gericht is op het bevoordelen van een bepaalde partij ten koste van de (overige) schuldeisers. Te ruim, omdat in gevallen waarin sprake is van een vanuit het verhaalsperspectief van de schuldeisers per saldo neutrale transactie, aantasting van een van de tot de transactie behorende rechts-

handelingen toch mogelijk zou kunnen zijn. De faillissementspauliana zou dan haar doel voorbijschieten.

De wetgever heeft deze en andere ontwikkelingen bij de totstandkoming van de huidige regeling van de faillissementspauliana eind 19^e eeuw niet kunnen voorzien. Hij heeft slechts rekening kunnen houden met de toentertijd voorkomende gevallen van verhaalsbenadeling, als gevolg waarvan art. 42-51 Fw slechts vanuit het perspectief van die gevallen zijn geschreven. De vraag die in dit onderzoek centraal staat is dan ook:

voldoet de huidige regeling van de faillissementspauliana – en de uitleg die daaraan door de Hoge Raad wordt gegeven – mede gelet op de door de wetgever geformuleerde uitgangspunten, thans nog als instrument ter ongedaanmaking van onoorbare verhaalsbenadeling?

Bezien zal worden:

- (i) aan de hand van welke conceptuele en normatieve uitgangspunten de huidige regeling van de faillissementspauliana tot stand is gekomen;
- (ii) hoe deze regeling in de literatuur en jurisprudentie wordt uitgelegd, en
- (iii) hoe deze uitgangspunten en uitleg zich tot elkaar verhouden.

Dit onderzoek beperkt zich echter niet tot een analyse van de door de wetgever geformuleerde uitgangspunten. Waar nodig zullen deze ook aan kritiek worden onderworpen. In mijn onderzoek zal ik daarom tevens de vraag betrekken:

- (iv) of er maatschappelijke en/of juridische ontwikkelingen zijn die noodzaken tot het maken van een uitzondering op, dan wel het verlaten van, bepaalde van de gesignaleerde uitgangspunten.

3. BELANG VAN HET ONDERZOEK

De faillissementspauliana heeft de laatste jaren veel in de belangstelling gestaan. Naast de constante stroom van jurisprudentie en de publicaties in de verschillende vakbladen, kan gewezen worden op een aantal recent afgeronde onderzoeken waarin de faillissementspauliana vanuit diverse

invalshoeken is belicht.⁵ Een grondig positiefrechtelijk onderzoek waarin de gehele regeling van de faillissementspauliana aan bod komt, ontbreekt echter. De meerwaarde van een dergelijk onderzoek is op de eerste plaats dat dit de mogelijkheid geeft in te gaan op de samenhang die bestaat tussen de verschillende deelonderwerpen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de vereisten 'benadeling van schuldeisers' en 'wetenschap van benadeling'. Hoewel een taalkundige benadering zou meebrengen dat voor 'wetenschap van benadeling' vereist is dat de wetenschap van partijen betrekking heeft op de 'benadeling van schuldeisers', blijkt uit een recent arrest van de Hoge Raad dat van een dergelijke samenhang niet of nauwelijks sprake is.⁶ Zie ik het goed, dan is de mijns inziens onjuiste en onwenselijke invulling die de Hoge Raad in dit arrest aan het vereiste 'wetenschap van benadeling' heeft gegeven het gevolg van een onjuist begrip van het vereiste 'benadeling van schuldeisers'.

De meerwaarde van een onderzoek naar het gehele instrument van de faillissementspauliana is daarnaast dat meer duidelijkheid kan worden verkregen over de aard van de faillissementspauliana en de ontwikkeling die zij sinds de invoering van de huidige regeling heeft doorgemaakt. Zo blijkt dat de rol van degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling is verricht volgens de wetgever indertijd een geheel andere was, dan die welke hij vandaag de dag lijkt te hebben. Waar hij aan het eind van de 19^e eeuw vooral als een 'derde' werd beschouwd die, afhankelijk van de vraag of hij te goeder trouw was of niet, de gevolgen van het paulianeuze handelen van de schuldenaar moest dragen, is hij thans veeleer een van de partijen – zo niet de enige partij – op basis van wiens wetenschap en intenties bepaald wordt of een rechtshandeling paulianeus is. De (verouderde) benadering van de wetgever ziet men in de huidige regeling nog steeds op verschillende plaatsen terug. Met een bespreking van de gehele regeling van de faillissementspauliana is niet beoogd in een uitputtend handboek te voorzien. Het onderzoek richt zich met name op de kernvragen die spelen met betrekking tot de faillissementspauliana en te herleiden zijn tot een of meer van de door de wetgever ingenomen uitgangspunten. Bovendien zal niet alleen het geldend recht worden besproken, maar tevens een aantal van het geldend recht afwijkende standpunten worden ingenomen.

5 Zie bijvoorbeeld Van Koppen 1998-I; Faber 2005; Van Dijk 2006; Van Eeghen 2006; Damsteegt-Molier 2009 en De Weijs 2010.

6 Zie HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, nt. PvS; JOR 2011/19, nt. NEDF (ABN AMRO/ Van Dooren q.q. III).

Het thema 'samenstel van rechtshandelingen' keert op verschillende plaatsen binnen het onderzoek terug. Met samenstel van rechtshandelingen wordt de situatie bedoeld waarin bij het beantwoorden van de vraag of van benadeling van schuldeisers sprake is, niet alleen naar de gevolgen van de aangevochten rechtshandeling moet worden gekeken, maar ook naar die van andere (met de aangevochten rechtshandeling samenhangende) rechtsfeiten c.q. rechtshandelingen. Dit onderwerp heeft in de literatuur en jurisprudentie relatief weinig aandacht gekregen. Dit is opmerkelijk, omdat zowel in de lagere rechtspraak als door de Hoge Raad menigmaal is geoordeeld over casus waarin van een (vermeend) samenstel van rechtshandelingen sprake was. Slechts incidenteel is aan deze problematiek echter expliciet een overweging gewijd en een helder criterium aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van een samenstel van rechtshandelingen lijkt te ontbreken. Het gevolg hiervan is dat een beroep op de faillissementspauliana in bepaalde gevallen tot een uitkomst leidt, die zonder nadere motivering moeilijk te begrijpen is. Dit geeft het instrument als zodanig een ogenschijnlijk grillig karakter. De rechtsonzekerheid die dit tot gevolg heeft is onwenselijk voor de praktijk en kan in het bijzonder een potentieel negatieve uitwerking hebben op het reorganiserend vermogen van ondernemingen in financiële moeilijkheden. De bereidwilligheid van derden om in het kader van een informele reorganisatie bijvoorbeeld mee te werken aan een activatransactie of (her)financiering, zal niet zelden voor een groot deel afhankelijk zijn van de mate waarin het risico bestaat dat de in dat kader verrichte rechtshandelingen nadien door de curator vernietigd worden.⁷ De praktijk is daarom gebaat bij zowel rechtszekerheid op dit terrein, als bij een regeling die de curator enerzijds voldoende munitie geeft om waar nodig verhaalsbenadeling van schuldeisers tegen te gaan maar anderzijds geen belemmering vormt voor reorganisaties van ondernemingen in financiële moeilijkheden. Nodeloze kapitaalvernietiging moet zoveel mogelijk worden voorkomen. Een gestructureerde benadering van de onderhavige problematiek en het formuleren van een of meer criteria ter beantwoording van de vraag of in een concreet geval sprake is van een samenstel van rechtshandelingen, kan hieraan bijdragen. Dit onderzoek zou hiertoe een eerste aanzet kunnen zijn.

7 Zie Van Koppen 2005-I, p. 174; Abendroth 2006, p. 56; J.J. van Hees 2006, p. 148; De Weijs 2010, p. 37 en Vermue 2011, p. 39. Zie ook A-G Huydecoper, conclusie voor HR 2 februari 2007, JOR 2007/102 (*Van Emden q.q./Rabobank*), onder 16. Er is mij op dit punt overigens geen empirisch onderzoek bekend. Als hypothese zou ik de stelling echter voor mijn rekening durven nemen.

4. AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK

De bestaande regeling van de faillissementspauliana staat in dit onderzoek centraal. Toch wordt ook aan de regeling van de faillissementspauliana uit het op 1 november 2007 aan de minister aangeboden Voorontwerp Insolventiewet aandacht besteed. Deze regeling wijkt op bepaalde punten sterk af van die van art. 42 e.v. Fw. Hoewel het Voorontwerp Insolventiewet in zijn huidige vorm hoogstwaarschijnlijk nooit de status van wet zal bereiken,⁸ is het vanwege de inspiratie die hieruit kan worden geput bij mogelijke wijzigingen van de Faillissementswet in de toekomst toch interessant dit voorontwerp in het onderzoek te betrekken.

De actio Pauliana buiten faillissement (art. 3:45 e.v. BW) en de zogeheten Peeters q.q./Gatzen-vordering worden in dit onderzoek slechts op onderdelen behandeld. Ondanks de sterke gelijkenissen met de faillissementspauliana, is een bespreking van deze instrumenten voor het kunnen beantwoorden van de onderzoeksvraag niet van doorslaggevend belang. Dit laat echter onverlet dat een bespreking van de actio Pauliana buiten faillissement en de Peeters q.q./Gatzen-vordering op bepaalde punten kan bijdragen aan de gedachtevorming met betrekking tot de faillissementspauliana en een beter inzicht geeft in de ontwikkeling die de faillissementspauliana in de loop der jaren heeft doorgemaakt. Het onderzoek beperkt zich tot het Nederlandse recht. Gelet op de doel- en probleemstelling van het onderzoek ligt een vergelijking met buitenlandse rechtssystemen minder voor de hand. Wel bevat het proefschrift op meerdere plaatsen een zogeheten interne rechtsvergelijking, bijvoorbeeld die tussen de bestaande regeling van de faillissementspauliana en de regeling van de faillissementspauliana zoals voorgesteld in het Voorontwerp Insolventiewet.

5. PLAN VAN BEHANDELING

Zoals hiervoor al is aangegeven, wordt in dit onderzoek de bestaande regeling van de faillissementspauliana onderzocht tegen de achtergrond

8 De minister is niet gebleken van tekortkomingen in de Faillissementswet die rechtvaardigen dat wordt overgegaan tot een complete renovatie. In het huidige tijdsgewricht en investeringsklimaat acht hij een stabiel wettelijk kader, en daarmee rechtszekerheid, bovendien belangrijker dan het vooruitzicht van een fundamentele herziening. Wel heeft de minister aangegeven dat concrete ervaringen in de toekomst aanleiding kunnen geven tot aanpassingen in de Faillissementswet. (Onder meer) INSOLAD zal worden uitgenodigd hieromtrent suggesties te doen, zie *Aanhangsel Handelingen II*, 2010/11, nr. 1014.

van de conceptuele en normatieve uitgangspunten die golden bij de totstandkoming daarvan. Alvorens het eigenlijke onderzoek aan te vangen, zal daarom in hoofdstuk 2 worden stilgestaan bij die verschillende uitgangspunten en de belangenafwegingen van de wetgever die daaraan ten grondslag liggen. Om het toetsingskader zo zuiver mogelijk te houden, zal ik mijn kritiek op bepaalde uitgangspunten zo min mogelijk in dit hoofdstuk bespreken, maar bewaren voor het vervolg van het onderzoek. In hoofdstuk 3 staat de aangevochten rechtshandeling centraal. Uit de jurisprudentie van de laatste decennia is gebleken dat de faillissementspauliana in afwijking van de tekst van de regeling niet steeds beperkt blijft tot door de schuldenaar vóór zijn faillissement verrichte rechtshandelingen. Besproken wordt in welke gevallen een uitzondering is toegestaan, dan wel toegestaan zou moeten zijn. Hoofdstuk 4 is gewijd aan het benadelingsvereiste. Antwoord wordt onder meer gegeven op de vraag wat onder 'benadeling in verhaalsmogelijkheden' moet worden verstaan, welke typen benadeling met betrekking tot de faillissementspauliana kunnen worden onderscheiden en op welke categorieën schuldeisers de benadeling betrekking moet hebben. In hoofdstuk 5 worden vervolgens de subjectieve vereisten die gelden voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana onderzocht. In het bijzonder wordt hierbij aandacht besteed aan de situatie waarin sprake is van een samenstel van rechtshandelingen. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit gevaltype voor de nodige hoofdbrekens kan zorgen.⁹ In hoofdstuk 6 komen de rechtsgevolgen van een geslaagd beroep op de faillissementspauliana aan bod. Het onderzoek wordt in hoofdstuk 7 afgesloten met een conclusie. In deze conclusie wordt de rode draad die door de resultaten van het onderzoek loopt nog eens benadrukt en zal aan de hand daarvan een aantal aanbevelingen worden gedaan.

9 Van Dijk komt in zijn onderzoek tot de conclusie dat deze gevallen moeilijk oplosbaar zijn, zie Van Dijk 2006, p. 157, 197 en 229.

HOOFDSTUK 2

UITGANGSPUNTEN VAN DE WETGEVER

1. INLEIDING

De wetgever heeft bij het vormgeven van de huidige regeling van de faillissementspauliana met verschillende belangen rekening gehouden. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat hij bij het maken van keuzes veelal een afweging heeft gemaakt tussen enerzijds het belang van de benadeelde schuldeisers en anderzijds het belang van de schuldenaar, het belang van degene voor wiens rekening de gevolgen van een geslaagd beroep op de faillissementspauliana komen en het belang van het rechtsverkeer. Het beoogde resultaat hiervan is dat de benadeelde schuldeisers slechts tegen een vermindering van hun verhaalsmogelijkheden worden beschermd indien en voor zover hun belang zwaarder weegt dan andere rechtens te respecteren belangen. In dit hoofdstuk wordt bezien tot welke conceptuele en normatieve uitgangspunten de door de wetgever gemaakte belangenafwegingen hebben geleid. Deze uitgangspunten zullen in het vervolg van dit onderzoek worden gebruikt als toetsingskader voor de uitleg die thans aan art. 42-51 Fw wordt gegeven. Bepaalde van deze uitgangspunten zullen bovendien onderwerp van kritiek zijn.

2. RECONSTRUCTIE VAN DE FAILLISSEMENTSBOEDEL

2.1. Geen schadevergoeding maar herstel in de oude toestand

Het doel van de faillissementspauliana is het bestrijden van onoorbare verhaalsbenadeling van schuldeisers. Dit geschiedt in beginsel niet door de schuldeisers een vergoeding toe te kennen voor de schade die zij als gevolg van een vermindering van hun verhaalsmogelijkheden hebben geleden, maar door hun verhaalspositie te herstellen. Het vermogen waarop zij zich moeten verhalen – de faillissementsboedel van de schuldenaar – wordt teruggebracht in de toestand waarin het zich zonder de onoorbare handeling zou hebben bevonden. Is bijvoorbeeld door de schuldenaar op paulianeuze wijze een goed verkocht en geleverd, dan heeft een beroep op de faillissementspauliana tot gevolg dat dit goed steeds tot het vermogen

van de schuldenaar is blijven behoren. Het gaat dus niet om een situatie waarin schuldeisers zich voor hun vordering kunnen blijven verhalen op een goed dat inmiddels – ook ten aanzien van hen – tot het vermogen van een derde is gaan behoren.¹

Het 'herstel in de oude toestand' moet worden bereikt door de juridische fictie aan te nemen dat het nadelige rechtsfeit nooit heeft plaatsgevonden en de daaraan verbonden rechtsgevolgen nooit zijn ingetreden.² De faillissementspauliana is derhalve vormgegeven als een nietigheidsactie.³ Anders dan onder de oude regeling van de faillissementspauliana in het Wetboek van Koophandel nog gold, heeft de wetgever ervoor gekozen een beroep op de faillissementspauliana in de huidige regeling zowel in als buiten rechte mogelijk te maken.⁴

2.2. Beperkt tot rechtshandelingen...

In de oorspronkelijke tekst van de regeling van de faillissementspauliana was bepaald dat onder de daarin genoemde omstandigheden de nietigheid kon worden ingeroepen van door de schuldenaar verrichte 'handelingen' (art. 42 Fw), door de schuldenaar gedane 'schenkingen' (art. 44 Fw (oud)), dan wel 'de voldoening, door den schuldenaar, aan eene opeisbare schuld' (art. 47 Fw).⁵ Over de reikwijdte van de twee laatstgenoemde categorieën handelingen heeft de wetgever zich nauwelijks uitgelaten.⁶ Wel heeft hij enige aandacht besteed aan de vraag wat onder 'handelingen' als bedoeld in art. 42 Fw is begrepen. Aanvankelijk merkte de minister hierover op dat het 'geheel onverschillig' is waaruit deze handeling bestaat of van welke aard zij is.⁷ Op de vraag uit de Tweede Kamer of onder een 'handeling' ook een niet-handelen is begrepen, antwoordde hij echter:

1 De positie van de gezamenlijke schuldeisers is dus niet vergelijkbaar met die van een schuldeiser met een pand- of hypotheekrecht, die zich na de overdracht van het verpande of verhypothekeerde goed in beginsel nog op het goed kan verhalen, zie Ankum 1962-II, p. 174-175. De faillissementspauliana verbindt aan de verhaalspositie van de benadeelde schuldeisers in geval van een paulianeuze overdracht dus niet een met zaaksgevolg vergelijkbaar effect.

2 Vgl. Van der Feltz I, p. 433.

3 Uit de parlementaire geschiedenis wordt echter niet duidelijk waarom de wetgever deze keuze heeft gemaakt. Zie hierover Van Leijden 1887, p. 62 e.v. en Damsteegt-Molier 2009, p. 71-72.

4 Zie Van der Feltz I, p. 438.

5 Zie Van der Feltz I, p. 432, 445 en 449.

6 Hij heeft zich beperkt tot de opmerking dat onder 'voldoening' als bedoeld in art. 47 Fw niet slechts de betaling van een geldsom is begrepen, maar ook de levering van een goed, zie Van der Feltz I, p. 451.

7 Zie Van der Feltz I, p. 439.

"Het "niet handelen" valt niet onder art. 42. Onnoodig is het ook, het daaronder te brengen. Eenvoudige verzuimen onder het bereik der Pauliana te brengen, kan niemand verlangen. Opzettelijke verzuimen, met het doel de schuldeischers te benadelen, zullen niet licht voorkomen. Art. 182 Burgerlijk Wetboek wordt in den regel uit onkunde of slofheid overtreden."⁸

Een nalaten kan volgens de wetgever dus niet met de faillissementspauliana worden bestreden. Of de wetgever met 'handelingen' in art. 42 Fw alleen *rechtshandelingen* heeft bedoeld, volgt niet expliciet uit de parlementaire geschiedenis. In het ontwerp van art. 42 e.v. Fw werd nog zowel van 'handelingen' (art. 42 Fw) als van 'rechtshandeling(en)' (art. 43 en 51 lid 1 Fw) gesproken.⁹ In de definitieve wettekst is uiteindelijk gekozen voor 'handelingen'. Het lijkt er echter op dat de wetgever met deze aanpassing geen verschil in toepassingsbereik heeft beoogd.¹⁰ Zo antwoordde de minister op de vraag uit de Tweede Kamer, waarom in het ontwerp van art. 43 Fw van 'rechtshandelingen' en niet – evenals in het ontwerp van art. 42 Fw – van 'handelingen' wordt gesproken slechts:

"Wat de terminologie betreft wordt toegestemd, dat, nu in art. 42 van "handelingen" wordt gesproken, het beter is zich aan deze uitdrukking te houden."¹¹

Op de wijziging van 'rechtshandeling' in 'handeling' in het ontwerp van art. 51 lid 1 Fw wordt zelfs in het geheel geen toelichting gegeven.¹²

Met de invoering van het thans geldende Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft de Faillissementswet een aantal – voornamelijk redactionele – wijzigingen ondergaan. Voor de regeling van de faillissementspauliana heeft dit er onder meer toe geleid dat in art. 42 Fw nu wordt gesproken van de 'vernietiging' van 'rechtshandelingen' in plaats van 'de nietigheid inroepen' van 'handelingen'.¹³ Art. 42 Fw is hiermee wat terminologie betreft aangepast aan de actio Pauliana buiten faillissement, die in het huidige Burgerlijk

8 Van der Feltz I, p. 441-442.

9 Zie Van der Feltz I, p. 442 en 456.

10 Vgl. ook Ankum 1962-II, p. 116, voetnoot 1. Zie anders Polak/Polak 1960, p. 123, die uit deze aanpassing afleidt dat ook *feitelijke* handelingen met de faillissementspauliana kunnen worden aangetast.

11 Van der Feltz I, p. 445.

12 Zie Van der Feltz I, p. 458.

13 Dit leidt voor de faillissementspauliana niet tot een verschil ten opzichte van het oude recht. Zowel onder het oude als het huidige recht is de rechtshandeling gewoon geldig totdat in of buiten rechte een beroep op de faillissementspauliana wordt gedaan, vgl. Hijma 1988, p. 228 en Asser/Hartkamp 4-II (1993), nr. 449 en 469. Anders Ankum 1962-II, p. 187-188 die ervan uitgaat dat voor 'vernietiging' steeds een rechterlijk vonnis nodig is.

Wetboek is ondergebracht in titel 3.2 BW ("Rechtshandelingen").¹⁴ Daarnaast volgt hetgeen met betrekking tot 'schenkingen' was geregeld in art. 44 (oud) en 46 (oud) Fw vanaf 1992 uit art. 42 lid 1 en 3 Fw. In laatstgenoemde bepalingen wordt niet meer gesproken van 'schenkingen', maar van 'rechtshandelingen om niet'. Ook in art. 51 lid 1 en lid 3 Fw wordt thans de aanduiding 'rechtshandeling' gebruikt. Over de reikwijdte van het begrip 'rechtshandelingen' in art. 42 Fw merkt de wetgever op:

"Aandacht verdient ook dat artikel 42 in de thans voorgestelde tekst spreekt van "rechtshandeling". Feitelijke handelingen kunnen dus geen aanleiding voor een beroep op dit artikel zijn, zulks in afwijking van wat in het huidige recht soms wordt geleerd. (...) Zijn door feitelijke handelingen baten aan de boedel onttrokken dan zal de oplossing in bepalingen als de artikelen 6.3.1.1 en 6.4.3.1 nieuw BW moeten worden gezocht."¹⁵

Volgens de wetgever was het niet nodig art. 47 Fw bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek ingrijpend te wijzigen, omdat deze bepaling ziet op de vernietiging van *verplicht* verrichte rechtshandelingen en daarmee buiten het terrein van art. 3:45 e.v. BW valt.¹⁶ In art. 47 Fw wordt daarom nog steeds gesproken van 'de voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld' en niet bijvoorbeeld van 'een rechtshandeling die de schuldenaar verplicht heeft verricht'. Art. 47 Fw is slechts in die zin aan de terminologie van het Burgerlijk Wetboek aangepast dat thans niet meer van 'de nietigheid (...) ingeroepen' wordt gesproken, maar van 'vernietigd'.

2.3. ... die vóór het faillissement door de schuldenaar zijn verricht

Uit de tekst van art. 42 en 47 Fw volgt dat met de faillissementspauliana slechts kan worden opgekomen tegen door de *schuldenaar* verrichte rechtshandelingen. In beide bepalingen wordt hij immers expliciet genoemd als partij die de aangevochten rechtshandeling moet hebben verricht. In de parlementaire geschiedenis wordt aan dit vereiste geen aandacht besteed. Het lijkt logischerwijs voort te vloeien uit de gedachte dat een rechtshandeling waarbij de schuldenaar niet zelf betrokken is in de regel geen voor zijn schuldeisers nadelige invloed kan hebben op zijn voor verhaal vatbare vermogen.

14 Zie art. 3:45 e.v. BW. Art. 1377 e.v. BW (oud) waren ondergebracht in de titel "Van het gevolg der overeenkomsten".

15 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 391.

16 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 398.

Het feit dat de faillissementspauliana slechts ziet op door de *schuldenaar* verrichte rechtshandelingen, verklaart mogelijk waarom art. 42 Fw spreekt over 'vóór de faillietverklaring' verrichte rechtshandelingen.¹⁷ Het fixatiebeginsel brengt mee dat de schuldenaar tijdens zijn faillissement in beginsel geen voor zijn schuldeisers nadelige rechtshandelingen kan verrichten.¹⁸ Tegen rechtshandelingen die de schuldenaar tijdens zijn faillissement heeft verricht hoeven de schuldeisers dus niet met de faillissementspauliana te worden beschermd, zo zal de gedachte van de wetgever zijn geweest.

3. TEN BEHOEVE VAN DE BENADEELDE SCHULDEISERS

3.1. Benadeling van schuldeisers vereist

Bij de totstandkoming van de huidige regeling van de faillissementspauliana heeft het benadelingsvereiste waarschijnlijk niet tot veel discussie geleid.¹⁹ In de parlementaire geschiedenis van art. 42 Fw wordt over dit vereiste slechts opgemerkt:

"Door de handeling moeten de schuldeisers benadeeld zijn. Het is niet voldoende, dat de handeling tot benadeeling der schuldeisers kon strekken, de benadeeling moet werkelijk hebben plaats gehad. Dit zal het geval zijn als ten gevolge der handeling het actief van het faillissement kleiner is dan het anders geweest zou zijn. Heeft daarentegen de handeling op het bedrag van het actief geen invloed uitgeoefend, dan zijn de schuldeisers niet benadeeld en vervalt elke reden om te hunnen behoeve de handeling nietig te verklaren."²⁰

Slechts als de schuldeisers van de gefailleerde schuldenaar daadwerkelijk zijn benadeeld kan een beroep op de faillissementspauliana slagen. De wetgever maakt hiermee nog eens duidelijk dat de faillissementspauliana aan anderen dan schuldeisers geen bescherming biedt.²¹ Opmerkelijk is overigens dat de wetgever er in bovenstaande passage van uitgaat dat be-

17 Deze beperking komt in art. 47 Fw niet terug. Dat deze desalniettemin ook voor verplicht verrichte rechtshandelingen geldt kan onder meer worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis, zie Van der Feltz I, p. 449, voetnoot 1.

18 Zie in het bijzonder art. 23 en 24 Fw.

19 Het benadelingsvereiste heeft bij de aanpassing van de actio Pauliana buiten faillissement aan de in te voeren art. 42-51 Fw overigens wel tot enige discussie aanleiding gegeven, zie Van der Feltz I, p. 520-523.

20 Van der Feltz I, p. 439.

21 Zie ook Van der Feltz I, p. 439: "(...) het geldt hier eene nietigheid uitsluitend in het belang der schuldeisers, waaraan dus ook niemand anders dan zij eenig recht mogen ontleenen."

nadeling zich slechts kan voordoen als de rechtshandeling een negatieve invloed heeft gehad op de omvang van het *actief* van de schuldenaar.²² Daarbij lijkt hij bovendien in de veronderstelling te zijn dat in een dergelijke situatie, waarin de omvang van het actief van de schuldenaar kleiner is dan het zonder de aangevochten rechtshandeling zou zijn geweest, van benadeling steeds sprake is.

3.2. De nietigheid werkt niet verder dan het belang van de schuldeisers rechtvaardigt

Een door het recht toegekend rechtsgevolg zou niet verder moeten intreden dan het geschonden belang rechtvaardigt.²³ Dit lijkt ook de gedachte van de wetgever te zijn geweest bij de totstandkoming van de huidige regeling van de faillissementspauliana. Dit volgt op de eerste plaats uit de regel dat alleen de benadeelde schuldeisers aan de rechtsgevolgen van een succesvol beroep op de faillissementspauliana bescherming kunnen ontleenen:

"(...) door de woorden "ten behoeve van den boedel" [wordt] duidelijk aangewezen, dat deze nietigheid slechts een relatieve is, eene die alleen bestaat ten opzichte van den boedel en mitsdien alleen en uitsluitend door den curator kan worden ingeroepen, niet ook door dengene, met wien de schuldenaar handelde, of door den schuldenaar zelf, nadat deze door akkoord als anderzins zijne bevoegdheid tot beschikking teruggekregen heeft. De reden hiervoor is duidelijk; het geldt hier eene nietigheid in het uitsluitend belang der schuldeischers, waaraan dus ook niemand anders dan zij eenig recht mogen ontleenen."²⁴

Op de tweede plaats lijkt de wetgever met de regeling van art. 51 lid 4 (oud) Fw tot uitdrukking te hebben willen brengen dat de rechtsgevolgen van een geslaagd beroep op de faillissementspauliana niet verder mogen werken dan nodig is om het door schuldeisers geleden nadeel op te heffen.²⁵ De schuldeisers mogen door het beroep op de faillissementspauliana dus niet beter af zijn dan in het geval waarin de aangevochten rechtshandeling nooit zou zijn verricht.

22 Ook op andere plaatsen in de parlementaire geschiedenis lijkt de wetgever bij de benadelingsvraag slechts oog te hebben voor het *actief* van de schuldenaar, zie Van der Feltz I, p. 433 ("onderpand (...) weg te maken"), p. 439 ("op het bedrag van het actief geen invloed uitgeoefend") en p. 441 ("actief minder is dan het anders geweest zou zijn"). Vgl. ook de formulering van art. 51 lid 1 Fw ("uit het vermogen van de schuldenaar gegaan").

23 Vgl. Peletier 1999, p. 26 en Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 615 en 644.

24 Van der Feltz I, p. 439.

25 Zie thans art. 51 lid 3 Fw.

Tot slot heeft de wetgever binnen de regeling van de faillissementspauliana twee bepalingen opgenomen op grond waarvan onder omstandigheden bescherming kan worden genoten tegen de rechtsgevolgen van vernietiging. De eerste is art. 42 lid 3 Fw – art. 46 (oud) Fw – en wordt in § 6.2 van dit hoofdstuk besproken. De tweede is art. 51 lid 2 Fw – art. 51 lid 3 (oud) Fw – en biedt onder omstandigheden bescherming aan partijen die hebben verkregen van iemand die door een vernietiging ingevolge de faillissementspauliana (achteraf gezien) beschikkingsonbevoegd was. Hoewel het Burgerlijk Wetboek van 1838 in art. 2014 BW (oud) ook een bepaling kende die onder omstandigheden beschermde tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, heeft de wetgever het toch nodig geacht de faillissementspauliana van een eigen regeling te voorzien:

"Het Wetboek van Koophandel [waarin de destijds geldende regeling van de faillissementspauliana was opgenomen: RjvdW] zwijgt geheel over de gevolgen der nietig verklaring van handelingen des schuldenaars. Nochtans heeft de praktijk de behoefte aan regeling van dit punt voldingend aangetoond, immers toepassing van algemene rechtsbeginselen heeft tot voor het verkeer allernoodlottigste beslissingen geleid. Ten bewijze daarvan strekt het arrest van den Hoozen Raad van 28 Maart 1884 (W. n°. 5019), bevestigende het arrest van het Hof te Leeuwarden van 20 december 1882 (W. n°. 4862), waarbij geoordeeld werd dat toewijzing van de Pauliana ten gevolge heeft, dat het in fraudem creditorum verkochte onroerend goed vrij en onbezwaard tot den boedel terugkeert, zoodat de daarop inmiddels door den kooper verleende hypotheek vervallen; en zulks onverschillig of de hypotheekhouder al of niet te goeder trouw is."²⁶

Art. 2014 BW (oud) bood slechts bescherming aan de verkrijger van een roerende zaak niet-registergoed. Het Burgerlijk Wetboek van 1838 bevatte geen bepaling die degene die van een beschikkingsonbevoegde een recht op een registergoed had verkregen beschermde. Met de invoering van art. 51 lid 3 (oud) Fw wilde de wetgever in het belang van het rechtsverkeer deze leemte vullen.

3.3. De curator treedt ten behoeve van de schuldeisers op

De wetgever heeft er geen twijfel over willen laten bestaan wie ten behoeve van de schuldeisers een beroep op de faillissementspauliana kan doen. Onder het oude recht bestond hierover nog onduidelijkheid:

"Onder de bestaande wet is veel strijd gevoerd over de vraag, door wien de Pauliana moet worden ingesteld, door den curator of door de schuldeischers, dan wel of beiden gelijkelijk bevoegd zijn. (...) Het voorgestelde artikel [art. 49 Fw: RjvdW] beslist deze quaestie uitdrukkelijk. De curator is de aangewezen, maar ook de eenige per-

26 Van der Feltz I, p. 457.

soon, om namens de schuldeischers op te treden; hij is hun wettelijke vertegenwoordiger tot uitoefening hunner rechten en tot behartiging der boedelbelangen. De individuele schuldeischers missen de qualiteit om naast hem voor den boedel op te treden. Evenmin als zij gelden kunnen innen, behooren zij bevoegdheid te bezitten om eene Pauliana in te stellen."²⁷

Het gegeven dat bij benadeling van schuldeisers in de zin van de faillissementspauliana steeds het 'boedelbelang' in het geding is, maakt de curator als persoon belast met het beheer en de vereffening van de boedel het meest geschikt om de faillissementspauliana 'in te stellen', aldus de wetgever. Met het 'instellen' van de faillissementspauliana doelt de wetgever overigens slechts op het *vernietigen van een rechtshandeling* op grond van art. 42 e.v. Fw:

""Niettemin" [in art. 49 lid 2 Fw] wijst op de tegenstelling tusschen *instelling* door den curator en *verdediging* met een beroep op deze artikelen, ook door de schuldeischers."²⁸

Tot het *betwisten van een vordering* op grond van de genoemde bepalingen zijn naast de curator ook de individuele schuldeisers bevoegd (art. 49 lid 2 Fw).

4. TOEPASSING VAN DE FAILLISEMENTSPAULIANA BLIJFT BEPERKT TOT UITZONDERINGSSITUATIES

4.1. Autonomie van de schuldenaar met betrekking tot zijn vermogen

Een van de uitgangspunten die aan de huidige regeling van de faillissementspauliana ten grondslag lijkt te liggen, is dat een succesvol beroep op art. 42 e.v. Fw beperkt moet blijven tot uitzonderingssituaties. Dit blijkt op de eerste plaats uit het feit dat de wetgever de autonomie van de schuldenaar ten aanzien van zijn vermogen – en daarmee ook de geldigheid van de met betrekking tot dat vermogen verrichte handelingen – voorop stelt:

"Daarnevens staat dit andere rechtsbeginsel dat een ieder volkomen tot handelen bevoegd is, en dat eene uitdrukkelijke wetsbepaling noodig is om iemand die bevoegdheid te ontfangen of hem daarin in het een of ander opzicht te beperken. Is bijgevolg een ieder, ook hij die schulden heeft, volkomen bevoegd naar goedgevoelen over zijn vermogen te beschikken en moet derhalve de toestand waarin de schuldenaar zijn vermogen, krachtens dat beschikkingsrecht, heeft gebracht, door zijne schuldeischers bij executie op de meest volstrekte wijze geëerbiedigd worden, aan

27 Van der Feltz I, p. 454.

28 Van der Feltz I, p. 455.

den anderen kant rust evenzeer op elken schuldenaar de plicht het onderpand zijner schuldeischers niet willens en wetens te hunner nadeele te verminderen of weg te maken. Dit doende mag hij gezegd worden te kwader trouw te handelen."²⁹

Zolang zijn faillissement niet is uitgesproken, is de schuldenaar derhalve – net als ieder ander – vrij om naar eigen inzicht over zijn vermogen te beschikken.³⁰ Dit geldt in beginsel zelfs wanneer hij zich financieel in zwaar weer bevindt en zijn handelen tot een verslechtering van de verhaalsmogelijkheden van zijn schuldeisers leidt. Aan het onvermogen als zodanig wordt door de wetgever geen enkel rechtsgevolg verbonden.³¹ Een uitzondering geldt slechts als de schuldenaar zijn schuldeisers *bewust* benadeelt. In dat geval dient de autonomie van de schuldenaar te wijken voor het belang van zijn schuldeisers.

4.2. Geen categorie van absoluut nietige rechtshandelingen

Dat de wetgever een succesvol beroep op de faillissementspauliana heeft willen beperken tot uitzonderingssituaties, kan tevens worden afgeleid uit het feit dat hij het in art. 773 en 774 (oud) WvK bepaalde niet in de huidige regeling heeft overgenomen.³² Op grond van laatstgenoemde wetsartikelen gold voor bepaalde categorieën verdachte rechtshandelingen dat zij 'absoluut nietig' waren als zij waren verricht binnen een periode van 40 dagen vóór de faillietverklaring. Dit betekende dat de curator voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana de 'kwade trouw' van de schuldenaar (en degene met of jegens wie de schuldenaar handelde) niet hoefde aan te tonen. Er bestond een niet voor tegenbewijs vatbaar wettelijk vermoeden van kwade trouw, waardoor de aangevochten rechtshandeling nog slechts aan objectieve criteria hoefde te worden getoetst. De subjectieve gesteldheid van partijen ten tijde van het verrichten van de aangevochten rechtshandeling was volkomen irrelevant. Hierdoor fungeerde de faillissementspauliana met betrekking tot bepaalde rechtshandelingen als het ware als een verlengstuk van het fixatiebeginsel.

29 Van der Feltz I, p. 433.

30 Zie ook Van der Feltz I, p. 435: "(...) geen verlies van beheer en beschikking, geen faillissement in één woord, dan krachtens een vonnis van faillietverklaring (...)".

31 Zie Van der Feltz I, p. 436. De hoofdregel dat de schuldenaar vrij is naar eigen inzicht over zijn vermogen te beschikken wordt pas verlaten wanneer zijn faillissement is uitgesproken. Vanaf dat moment geldt als hoofdregel juist dat het vermogen van de schuldenaar moet dienen als verhaalsobject voor zijn schuldeisers en als zodanig in stand moet worden gehouden. Belangen van anderen, zoals die van met de gefailleerde schuldenaar handelende derden, worden nog slechts bij wijze van uitzondering boven die van de gezamenlijke schuldeisers gesteld, zie bijvoorbeeld art. 52 Fw.

32 Tot 1896 waren de bepalingen inzake de faillissementspauliana neergelegd in art. 773-777 (oud) WvK.

De absolute nietigheid van bepaalde categorieën rechtshandelingen was volgens de wetgever een van de twee 'hoofdfouten' van de oude regeling van de faillissementspauliana.³³ De onbillijke uitkomsten waartoe een dergelijke regeling kan leiden, maakten volgens hem dat deze zich slecht verhoudt met de belangen van het rechtsverkeer en die van de bij de aangevochten rechtshandeling betrokken partijen:

"De redenen voor deze wijzigingen liggen voor de hand. Tegen elke absoluten regel geldt het bezwaar, dat hij geen rekening houdt met de omstandigheden, maar alles over een kam scheert. Hij is zeer zeker eenvoudig, maar juist daarom niet geschikt om aan de samengestelde, allerlei nuanceeringen en fijne schakeeringen vertoonende verhoudingen van het rijke verkeersleven recht te doen wedervaren. Waar die absolute regel eene nietigverklaring is, zullen de gevolgen des te bedenkelijker zijn. Het is dan ook het eigenaardige kenmerk van een tijd van ruwer wetgeving, toen het onderscheidingsvermogen van den wetgever nog minder ontwikkeld was. (...) Het spreekt echter van zelf dat men zoodoende met alle handelingen, te kwader trouw verricht, tevens al diegenen treft, welke te goeder trouw verricht zijn, zelfs al blijkt de goede trouw overtuigend. (...) Wanneer men er echter van doordrongen is dat de wetgever niet alleen geroepen is de kwade trouw te weren en krachtig te bestrijden, maar dat evenzeer zijne taak is de goede trouw te beschermen, en dat daarom elke presumptie, ook die van de kwade trouw, voor het bewijs van het tegendeel moet wijken, dan kan er van eene absolute nietigheid ook voor de meest verdachte gevallen geen sprake meer zijn. (...) Hoezeer het verkeer hierdoor gebaat zal worden, behoeft wel geen uitvoerig betoog. Dit wordt steeds het meest gediend door waarheid en de hierbedoelde wijziging heeft juist geen ander doel dan eene wettelijke presumptie op te heffen, daar waar zij blijkt met de waarheid in strijd te zijn."³⁴

In plaats van de regeling uit art. 773 en 774 (oud) WvK over te nemen, heeft de wetgever in de huidige regeling voor bepaalde categorieën verdachte rechtshandelingen wettelijke bewijsvermoedens opgenomen die *wel* voor tegenbewijs vatbaar zijn.³⁵ Slechts als partijen rechtens te kwader trouw zijn,³⁶ dient hun belang nog te wijken voor dat van de benadeelde schuldeisers.

Het verdwijnen van de absolute nietigheden past goed binnen de ontwikkeling dat aan de faillietverklaring in de loop der jaren steeds minder terugwerkende kracht is verbonden.³⁷ Zo werd in 1838 gebroken met het toen geldende systeem waarin 'het bloote feit van het ophouden met betalen' de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn

33 Zie Van der Feltz I, p. 434. Zie voor de andere 'hoofdfout' § 5.1 van dit hoofdstuk.

34 Van der Feltz I, p. 437-438.

35 Zie art. 43 en 45 Fw.

36 In die zin dat de kwade trouw ofwel feitelijk is aangetoond, dan wel de aangesproken partij niet in staat is gebleken een bewijsvermoeden te ontzenuwen.

37 Zie over het verschil tussen absolute nietigheid en de terugwerkende kracht van de faillietverklaring Ankum 1962-I, p. 372-373.

vermogen deed verliezen.³⁸ De faillietverklaring werkte nog slechts terug tot de dag waarop het verzoek daartoe was ingediend.³⁹ Met de invoering van de huidige Faillissementswet in 1896 is echter ook van deze regel afgestapt.⁴⁰ De faillietverklaring werkt thans nog slechts terug tot de aanvang van de dag waarop deze is uitgesproken.⁴¹ In het Voorontwerp Insolventiewet is zelfs voorgesteld om aan de insolventverklaring in het geheel geen terugwerkende kracht meer toe te kennen.⁴²

5. EEN ONDERSCHIED TUSSEN ONVERPLICHT EN VERPLICHT VERRICHTE RECHSHANDELINGEN

5.1. Algemeen

De andere 'hoofdfout' die volgens de wetgever lag besloten in de oude regeling van de faillissementspauliana uit het Wetboek van Koophandel was dat deze regeling onvoldoende onderscheid maakte tussen door de schuldenaar onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen.⁴³ Uit de aard van de faillissementspauliana en de behoeften van het rechtsverkeer volgt dat de faillissementspauliana in beginsel slechts gericht kan zijn tegen *onverplicht* verrichte rechtshandelingen, aldus de wetgever.⁴⁴ Dit uitgangspunt ligt dan ook ten grondslag aan de huidige regeling van de faillissementspauliana.

5.2. Onverplicht verrichte rechtshandelingen: wetenschap van benadeling

Volgens de oorspronkelijke tekst van art. 42 Fw was voor de vernietiging van een onverplicht verrichte rechtshandeling – niet zijnde een 'schenking'⁴⁵ – vereist dat de curator aantoonde 'dat bij het verrichten der handeling zoowel de schuldenaar als degene met wien of te wiens behoefte hij

38 Voor het vaststellen van deze toestand was geen rechterlijk vonnis nodig. De faillietverklaring diende slechts om de gemeenschappelijke executie in te leiden, zie Van der Feltz I, p. 435.

39 Zie art. 769 jo. 770 (oud) WvK.

40 Zie Van der Feltz I, p. 358-359.

41 Zie bijvoorbeeld art. 23 Fw. Uitzonderingen op deze '00.00-uurregel' zijn te vinden in art. 63e Fw, art. 212b Fw en art. 241e Fw.

42 Zie art. 4.4.1 van het Voorontwerp Insolventiewet.

43 Zie Van der Feltz I, p. 434. Zie voor de eerste 'hoofdfout' § 4.2 van dit hoofdstuk.

44 Zie hierover § 5.3 van dit hoofdstuk.

45 Voor schenkingen bestond een afzonderlijke regeling in art. 44-46 Fw, waarover § 6 van dit hoofdstuk.

handelde, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeeling der schuldeischers het gevolg zoude zijn'.⁴⁶ Om de gevolgen van een succesvol beroep op de faillissementspauliana te kunnen rechtvaardigen is er volgens de wetgever ten aanzien van de schuldenaar,⁴⁷ noch ten aanzien van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde,⁴⁸ behoefte aan een zwaarder criterium dan 'wetenschap van benadeling'. Het stellen van een zwaarder criterium – de wetgever noemt als voorbeeld het 'oogmerk van benadeling' – zou volgens hem bovendien onwenselijk zijn, omdat hiermee tekort zou worden gedaan aan de belangen van de benadeelde schuldeisers. De faillissementspauliana zou dan zelden of nooit met succes kunnen worden ingesteld en elke praktische betekenis verliezen.⁴⁹

Opmerkelijk is overigens dat ten aanzien van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde, uit de parlementaire geschiedenis een ander criterium voortvloeit dan uit de tekst van art. 42 Fw. Volgens de wettekst moet zijn wetenschap – net als die van de schuldenaar – betrekking hebben op het voor schuldeisers nadelige gevolg van de rechtshandeling. Uit de parlementaire geschiedenis volgt echter dat hij wetenschap moet hebben van het feit dat de schuldenaar met de aangevochten rechtshandeling zijn schuldeisers *bewust* benadeelt:

"Vandaar dat de Pauliana steeds gericht is tegen den derde, die de vermogensbestanddeelen van den schuldenaar heeft ontvangen, maar dan ook alleen tegen den *schuldigen* derde, die tijdens zijne verwerving bekend was met het *gebrek* [cursivering: RJvdW], dat der vervreemding aankleefde, bekend was met het feit dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeischers *moedwillig* [cursivering: RJvdW] benadeelde."⁵⁰

En:

"Degene, met wien of te wiens behoefte de schuldenaar handelde, moet de wetenschap bezitten dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeischers *desbewust* [cursivering: RJvdW] benadeelt."⁵¹

46 Zie Van der Feltz I, p. 432. Zie thans art. 42 lid 1 en lid 2 Fw.

47 Zie Van der Feltz I, p. 439-440.

48 Zie Van der Feltz I, p. 441.

49 Zie Van der Feltz I, p. 440. Volgens de wetgever is het oogmerk van partijen doorgaans het *bevoordelen* van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en niet zozeer het *benadelen* van de (overige) schuldeisers. Zie met betrekking tot de schuldenaar Van der Feltz I, p. 440 en met betrekking tot degene met of jegens wie de schuldenaar handelde Van der Feltz I, p. 441.

50 Van der Feltz I, p. 433.

51 Van der Feltz I, p. 441.

Volgens de wetgever moet de wetenschap van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde niet de nadelige gevolgen, maar het 'gebrek' – te weten het paulianeuze karakter – van de rechtshandeling betreffen. Dit betekent dat voor de vraag of een onverplicht verrichte rechtshandeling paulianeus is, volgens de wetgever alleen de wetenschap van de *schuldenaar* relevant is. Het vereiste van wetenschap aan de zijde van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde dient er slechts toe om de gevolgen van een succesvol beroep op de faillissementspauliana ten opzichte van hem te kunnen rechtvaardigen. Hij staat volgens de wetgever derhalve buiten de verhouding waarin het paulianeuze karakter van de rechtshandeling moet worden vastgesteld. In deze benadering komt zijn 'wetenschap van benadeling' in feite neer op wat thans als het ontbreken van goede trouw in de zin van art. 3:11 BW wordt verstaan en is het huidige art. 42 lid 2 Fw een bepaling van 'derdenbescherming'.

5.3. Verplicht verrichte rechtshandelingen

5.3.1. Inleiding

Zoals hiervoor al kort is aangegeven, was een van de uitgangspunten bij de totstandkoming van de huidige regeling van de faillissementspauliana dat slechts *onverplicht* verrichte rechtshandelingen kunnen worden aangevochten. Hiermee wordt afgeweken van de oude regeling van de faillissementspauliana uit het Wetboek van Koophandel, waarin op een enkele uitzondering na geen onderscheid werd gemaakt tussen onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen. Over deze oude benadering merkt de wetgever op:

"Toch ontbreekt aan deze doctrine *eene rationele basis* [cursivering: R]vdW] en is deze interpretatie der wet geheel in strijd niet alleen met het beginsel, waarop het laatste lid van art. 774 Wetboek van Koophandel berust, maar ook met *de behoeften van het verkeer* [cursivering: R]vdW]."⁵²

In het hierna volgende wordt nader ingegaan op de argumenten genoemd in bovenstaande passage. Eerst wordt besproken waarom de mogelijkheid om verplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen volgens de wetgever een 'rationele basis' ontbeert (§ 5.3.2). Vervolgens wordt gezien welk belang het rechtsverkeer volgens de wetgever heeft bij de onaantastbaarheid van verplicht verrichte rechtshandelingen (§ 5.3.3). Ten slotte wordt

de uitzondering op het gegeven uitgangspunt besproken: de vernietiging van *verplicht* verrichte rechtshandelingen (§ 5.3.4).

5.3.2. Verplichtingen moeten worden nagekomen

Partijen zijn volgens hun afspraken gebonden.⁵³ De schuldenaar van een opeisbare schuld is ten opzichte van zijn schuldeiser verplicht om deze aan hem te voldoen. Het verplichte karakter van de voldoening neemt echter niet weg dat deze onder omstandigheden kan leiden tot benadeling van de overige schuldeisers. De vraag die de wetgever moest beantwoorden is of een dergelijke verplicht verrichte rechtshandeling – evenals een onverplicht verrichte rechtshandeling – reeds paulianeus is als komt vast te staan dat de schuldenaar wetenschap van benadeling had.⁵⁴ Hoe verhoudt het belang van de benadeelde schuldeisers zich tot het voor de schuldenaar geldende '*pacta sunt servanda*'? De wetgever merkt hierover op:

"In de natuur der Pauliana ligt, dat zij slechts handelingen kan treffen, die de schuldenaar onverplicht verricht. Den schuldenaar kan er geen grief van gemaakt worden, wanneer hij datgene doet, waartoe voor hem een *rechtspflicht* bestaat; men kan niet beweren dat hij opzettelijk het onderpand zijner schuldeischers wegmaakt, indien hij het gebruikt juist om zijne schulden te kwijten. Evenmin is er een redelijke rechtsgrond aan te wijzen, om hem, die datgene ontving, waarop hij krachtens zijn vorderingsrecht aanspraak had, tot teruggaaf daarvan te noodzaken. Het is eene logische tegenstrijdigheid en tevens eene gevaarlijke inconsequentie, indien de wet eenerzijds aan den schuldenaar de plicht oplegt om te voldoen, en den schuldeischers het recht geeft om zijn schuld in te vorderen, en tegelijkertijd anderzijds den mede-schuldeischers de bevoegdheid verleent om de handeling, die dus strekte tot kwijting van een wettelijken rechtspflicht en voldoening aan een wettelijk vorderingsrecht, weer ongedaan te maken."⁵⁵

Volgens de wetgever kan de schuldenaar die een opeisbare schuld betaalt, in beginsel geen verwijt worden gemaakt als de betaling leidt tot benadeling van schuldeisers. Dit geldt kennelijk zelfs als hij op het moment van de betaling wetenschap van benadeling had. Evenmin is er volgens de wetgever een goede reden om in een dergelijk geval de schuldeiser die het betaalde heeft ontvangen tot teruggave daarvan aan te spreken.

53 Zie voor de grondslag van dit rechtsbeginsel Schut 1987, p. 5 e.v.; Mok 1997 en Chao-Duvis 2000, p. 41 e.v.

54 Het paulianeuze karakter van een onverplicht verrichte rechtshandeling werd volgens de wetgever slechts vastgesteld aan de hand van de vraag of de *schuldenaar* wetenschap van benadeling had. De wetenschap van *degene met of jegens wie de schuldenaar handelde* diende slechts om de rechtsgevolgen van de vernietiging ten opzichte van hem te kunnen rechtvaardigen, zie § 5.2 van dit hoofdstuk.

55 Van der Feltz I, p. 434.

5.3.3. *Het ius vigilantibus*

Een schuldeiser met een opeisbare vordering is voor de voldoening daarvan in beginsel van zijn schuldenaar afhankelijk. De wet biedt de schuldeiser daarom verschillende instrumenten om, wanneer zijn schuldenaar niet uit eigen beweging tot voldoening overgaat, voor zijn belangen op te komen en tijdig in te grijpen. Zo kan hij in rechte nakoming vorderen, de nakoming van zijn eigen verbintenis opschorten, of overgaan tot het leggen van verhaalsbeslag. Het belang van het rechtsverkeer eist volgens de wetgever dat de faillissementspauliana in beginsel geen belemmering vormt voor schuldeisers die op een dergelijke wijze hun vordering voldaan krijgen:

"De vernietiging van verplichte handelingen is in strijd met de behoeften van het verkeer: immers, zij is gericht tegen het *sibi vigilare*; zij belet den schuldeischer zijne rechten te doen gelden juist op het oogenblik dat hij ze het meest noodig heeft; nl. als hij een *déconfiture* van zijn schuldenaar vreest. (...) De zekerheid van het verkeer berust voor een groot deel op de snelheid en zekerheid der individueele executiemiddelen, en wordt bedreigd waar juist deze gekortwiekt worden."⁵⁶

En:

"Zij [de faillissementspauliana: RjvdW] laat al die gevallen onaangetaast, waarin eene schuld op regelmatige wijze wordt geïnd, waarin de betaling verkregen wordt door daarop aan te dringen, vonnis te vragen, beslag te leggen of te executeren. (...) De bepaling mag geen aanleiding geven om als nietig te beschouwen datgene wat de schuldeischer krachtens uitoefening van zijn vorderingsrecht heeft verkregen."⁵⁷

Een schuldeiser die waakzaam is en tijdig zijn opeisbare vordering int, hoeft in beginsel dus geen rekening te houden met de belangen van andere schuldeisers.⁵⁸ Hij mag het geïnde behouden, ook al wist hij dat de schuldenaar zich in financieel zwaar weer bevond.

Mogelijk heeft het belang van het rechtsverkeer ook nog op een andere wijze een rol gespeeld bij de keuze om in beginsel slechts onverplicht verrichte rechtshandelingen voor vernietiging in aanmerking te laten komen. Zo heeft de wetgever met betrekking tot de mogelijkheid om ook verplicht verrichte rechtshandelingen aan te vechten opgemerkt:

56 Van der Feltz I, p. 436.

57 Van der Feltz I, p. 449.

58 Zie over het adagium '*ius vigilantibus scriptum*' in dit verband ook Van Schilfgaarde 2001, p. 24 e.v.

"Zij dwingt de schuldeischers, zodra zij moeilijkheden bij het betalen ondervinden, een faillissement te provoceeren, uit vrees hetgeen zij door individuele executies zullen verkrijgen bij een later faillissement weer aan den curator te moeten afgeven."⁵⁹

De gedachte hierachter zou kunnen zijn dat een (ruime) mogelijkheid om de voldoening van opeisbare schulden aan te vechten, ertoe kan leiden dat schuldeisers – wetende dat voldoening niet meer 'veilig' kan plaatsvinden – in een (te) vroeg stadium overgaan tot de aanvraag van het faillissement. Zij zullen dit dan veelal doen in de verwachting dat de kans dat zij op dat moment in het faillissement van de schuldenaar een substantieel gedeelte van hun vordering door middel van verificatie voldaan krijgen, groter is dan de kans dat de voldoening in stand blijft wanneer nadien het faillissement van de schuldenaar alsnog wordt uitgesproken. Een ruime mogelijkheid om de voldoening van opeisbare schulden aan te vechten zou op die wijze de overlevingskansen van de schuldenaar (en daarmee het reorganiserend vermogen van ondernemingen in financiële moeilijkheden) kunnen verkleinen.

5.3.4. *Uitzondering op de hoofdregel: art. 47 Fw*

Op het uitgangspunt dat met de faillissementspauliana slechts onverplicht verrichte rechtshandelingen kunnen worden aangevochten, heeft de wetgever in twee in de wet omschreven gevallen een uitzondering gemaakt. Zo is in art. 47 Fw bepaald dat de voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld kan worden vernietigd indien (i) hij die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was, of (ii) de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser met als doel laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen.⁶⁰ De ratio van beide uitzonderingen is volgens de wetgever dezelfde:

"De eerste uitzondering: nietigheid van de betaling eener opeisbare schuld aan hem die bekend is met de aanvraag tot faillietverklaring, spreekt voor zich zelve. De schuldeischer, die niet bloot een faillissement ducht, maar de zekerheid heeft verkregen dat daartoe aanvraag is gedaan, mag gezegd worden in strijd te handelen met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeischers in acht te nemen, wanneer hij onder die omstandigheden nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt, en zich op die wijze aan den *concurso* onttrekt [cursivering: RJvdW]. Dezelfde overweging heeft er toe geleid ook de tweede uitzondering voor te stellen. (...) De bedoeling is veeleer uitsluitend de betalingen te treffen, welke hetzij op een af-

59 Van der Feltz I, p. 436.

60 Voor vorderingen aan toonder of order is een bijzondere regeling opgenomen in art. 48 Fw. In het vervolg van dit onderzoek zal deze bepaling buiten beschouwing worden gelaten.

spraak berusten om, wanneer het tot een faillissement mocht komen, *den schuldeischer buiten de concursus te houden* [cursivering: RJvdW], hetzij – en dat dikwijls op initiatief van den schuldenaar – gedaan worden in den vooravond van het faillissement, omdat dit zal worden aangevraagd, en terwijl de schuldeischer volkomen bekend is met den toestand waarin zijn schuldenaar verkeert.⁶¹

Wanneer duidelijk wordt dat het tot een faillissement van de schuldenaar zal komen (omdat daartoe een aanvraag is gedaan), moet een schuldeiser met een opeisbare vordering zich volgens de wetgever (ook) de belangen van zijn medeschuldeisers aantrekken. Hij mag zich niet bewust aan het naderende faillissement onttrekken. Doet hij dit wel, dan handelt hij daarmee in strijd met de jegens zijn medeschuldeisers in acht te nemen goede trouw. De zekerheid van een *concursum creditorum* maakt dat het *ius vigilantibus* (en het *pacta sunt servanda*) plaats moet(en) maken voor de *paritas creditorum*. Niet het individuele belang, maar het collectieve belang van schuldeisers staat voorop. Het belang dat het rechtsverkeer heeft bij de on-aantastbaarheid van de voldoening van opeisbare schulden, ter voorkoming van onnodige faillissementen, speelt vanaf dat moment niet of nauwelijks nog een rol. Wanneer vaststaat dat het tot een faillissement zal komen, hoeft met het reorganiserend vermogen van de schuldenaar in dit verband immers geen rekening meer te worden gehouden.

Ook als de voldoening het gevolg is van 'overleg' tussen de schuldenaar en de schuldeiser handelt laatstgenoemde volgens de wetgever in strijd met de jegens zijn medeschuldeisers in acht te nemen goede trouw. Voor een termijn waarbinnen de voldoening voor toepassing van art. 47 Fw moet hebben plaatsgevonden, is bewust niet gekozen. Dit zou volgens de wetgever in strijd zijn met de aard van de bepaling.⁶² Is de betaling het gevolg van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser dan geldt de ratio van de vernietigingsgrond ongeacht op welk tijdstip het overleg heeft plaatsgevonden.⁶³

5.4. Conclusie

Binnen de huidige regeling van de faillissementspauliana is een onderscheid gemaakt tussen door de schuldenaar onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen. Voor onverplicht verrichte rechtshandelingen geldt volgens de wetgever dat het gedrag van de *schuldenaar* bepaalt of een rechtshandeling paulianeus is of niet. Zijn gedrag is onoorbaar jegens zijn

61 Van der Feltz I, p. 449.

62 Zie van der Feltz I, p. 450.

63 Zie van der Feltz I, p. 451.

schuldeisers als hij een rechtshandeling verricht wetende dat zij hierdoor zullen worden benadeeld. Dat voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana ook degene met of jegens wie de schuldenaar handelde een subjectief verwijt moet kunnen worden gemaakt, is slechts om de rechtsgevolgen van de vernietiging ten opzichte van hem te kunnen rechtvaardigen. Voor wat betreft verplicht verrichte rechtshandelingen geeft de wetsgeschiedenis in dit verband een minder duidelijk beeld. Enerzijds wordt als ratio van beide vernietigingsgronden genoemd dat een *schuldeiser* zich niet in strijd met de jegens zijn medeschuldeisers in acht te nemen goede trouw aan het naderende faillissement mag onttrekken; *zijn* gedrag moet derhalve onoorbaar zijn. Anderzijds geldt dat voor een succesvol beroep op de tweede vernietigingsgrond van art. 47 Fw – 'overleg' – niet alleen een verwijtbare gedraging van de voldane schuldeiser, maar ook een verwijtbare gedraging van de *schuldenaar* vereist is.

6. EEN AFZONDERLIJKE REGELING VOOR ONVERPLICHT VERRICHTE RECHTSHANDELINGEN OM NIET

6.1. Geen wetenschap van benadeling vereist bij degene met of jegens wie de rechtshandeling is verricht...

In de huidige regeling van de faillissementspauliana is een aantal bijzondere bepalingen opgenomen met betrekking tot om niet verrichte rechtshandelingen. Deze waren voorheen te vinden in de art. 44-46 (oud) Fw, waarin nog van 'schenkingen' werd gesproken.⁶⁴ Het in die bepalingen geregelde volgt thans uit art. 42 lid 1 en lid 3 en art. 45 Fw. De regeling met betrekking tot onverplicht verrichte rechtshandelingen om niet wijkt op een aantal punten af van de regeling voor onverplicht verrichte rechtshandelingen anders dan om niet. Het meest in het oog springende verschil is dat voor de vernietiging van om niet verrichte rechtshandelingen niet vereist is dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wetenschap van benadeling had. De ratio hiervan is dat hij door de vernietiging (in beginsel) geen 'nadeel' ondervindt:

"Eene consequente toepassing van de hierboven ontwikkelde beginselen der Pauliana voert tot de conclusie, dat ook schenkingen slechts dan als nietig beschouwd kunnen worden wanneer beide partijen, zoowel de schenker als de begunstigde, handelen in het bewustzijn, dat zij daardoor de schuldeischers des schenkers benadeelden. Indien in het Ontwerp niettemin de goede trouw van den begiftigde niet in aanmer-

64 De begrippen 'schenking' en 'rechtshandeling om niet' zijn niet identiek. Zie hierover Kortmann 1995, p. 445-446.

king genomen wordt, waar het de vraag geldt de nietigheid van gedane schenkingen ten behoeve van den boedel aan te nemen, berust dit op overwegingen, waartoe het eigenaardige economische karakter van de schenking aanleiding geeft. Schenking vermeerdert het vermogen van den begiftigde, zonder dat daartegen eenige contra-prestatie overstaat. Den begiftigde, die onder bepaalde omstandigheden verplicht wordt aan de schuldeischers des schenkers het ontvangene te restitueeren, wordt dus niet zoozeer een nadeel toegebracht, maar hem wordt veeleer een ongedachte winst weer onttrokken. Het is deze omstandigheid, dat de begiftigde niet benadeeld wordt, die de hier bedoelde uitbreiding der Pauliana rechtvaardigt: het verleenen van een rechtsmiddel aan de schuldeischers des schenkers tot terugterlating van een gift, waardoor zij opzettelijk zijn benadeeld, ook van hem die haar geheel te goeder trouw ontving. Den begiftigde wordt als het ware de plicht opgelegd om, waar hij dit doen kan zonder zich zelven te benadeelen, de personen schadeloos te stellen, te wier kosten hij vroeger bevoordeeld werd. Vandaar dan ook, dat reeds in het Romeinsche recht voor de tegen schenkingen gerichte Pauliana de bijzonder bepaling gold, dat zij ingesteld kon worden tegen de begiftigde, onverschillig of hij te goeder of te kwader trouw was, indien slechts de schenker in kwader trouw verkeerde."⁶⁵

Tot de conclusie, dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde (in beginsel) geen nadeel ondervindt van de vernietiging, is de wetgever gekomen door een vergelijking te maken tussen de situatie waarin de aangevochten rechtshandeling nimmer heeft plaatsgevonden en de situatie waarin deze is vernietigd.⁶⁶ Heeft de schuldenaar bijvoorbeeld aan een derde een goed met een waarde van 100 geschonken, dan zal deze derde het goed na vernietiging van de overeenkomst van schenking aan de boedel terug moeten geven. De derde is dan (in beginsel) niet slechter af dan in de situatie waarin de schenking nooit zou hebben plaatsgevonden.

Doorredenerend betekent dit dat voor de vernietiging van anders dan om niet verrichte rechtshandelingen *wel* geldt dat degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling is verricht wetenschap van benadeling moest hebben. Hij is door de vernietiging immers veelal *wel* slechter af dan in de situatie waarin de aangevochten rechtshandeling nooit zou zijn verricht. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval waarin een overeenkomst wordt vernietigd op grond waarvan de schuldenaar een goed ter waarde van 100 voor 50 heeft verkocht en geleverd, terwijl de boedel door de ontvangen koopsom niet is gebaat zoals bedoeld in art. 51 lid 3 Fw. Voor de koper reiken de gevolgen van de vernietiging dan verder dan slechts het terugdraaien van de over en weer verrichte prestaties. Hij zal

⁶⁵ Van der Feltz I, p. 446.

⁶⁶ Een vergelijking tussen de situatie waarin de aangevochten rechtshandeling niet is vernietigd en de situatie waarin deze wel is vernietigd, zou *wel* tot de conclusie leiden dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde door de vernietiging slechter af is. Zijn nadeel is er dan in gelegen dat hetgeen hij krachtens de aangevochten rechtshandeling heeft ontvangen aan de curator moet worden afgestaan.

zijn vordering tot restitutie van de door hem betaalde koopsom ter verificatie moeten indienen en deze in de regel niet volledig voldaan krijgen.

6.2. ...maar wel bescherming bij goede trouw voor zover hij niet is gebaat

Voor de vernietiging van onverplicht verrichte rechtshandelingen om niet wordt geen wetenschap van benadeling geëist van degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling is verricht. Zoals in de vorige paragraaf al is aangegeven, is de achterliggende gedachte hiervan dat hij door de vernietiging in beginsel niet slechter af is dan in het geval waarin de aangevochten rechtshandeling nooit zou zijn verricht. De vraag is echter hoe moet worden omgegaan met de situatie waarin hij hetgeen hij krachtens de aangevochten rechtshandeling heeft verkregen, inmiddels heeft verbruikt. Als de vernietiging ook dan (volledige) werking heeft, is hij mogelijk wel degelijk slechter af dan in het geval waarin de rechtshandeling nooit zou zijn verricht. De wetgever overweegt dan ook:

"Evenwel was in dit geval de verbintenis tot teruggave van den begiftigde, die in goede trouw verkeerde, immers onbekend was met den vermogenstoestand van den schenker, beperkt tot hetgeen van de ontvangen gift op het oogenblik, dat de teruggave van hem gevraagd werd, nog in zijn vermogen aanwezig was. Ook deze bepaling is volkomen rationeel en geheel in overeenstemming met het hier ontwikkelde beginsel. Ging men verder, werd den begiftigde de verplichting opgelegd om in elk geval, ook waar hij te goeder trouw ontving, alles terug te geven, dan zou het beoogde doel voorbij gestreefd worden en hem inderdaad een door niets gerechtvaardigde schade worden toegebracht, telkens wanneer hij niets kwaads vermoedende het hem geschonkene had verbruikt of verteerd."⁶⁷

Was degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling is verricht te goede trouw,⁶⁸ dan hoeft hij dus niet te vrezen dat hij door de vernietiging 'nadeel' zal ondervinden. Hij hoeft slechts dat gedeelte af te staan waarmee hij ten tijde van de faillietverklaring was 'gebaat'.

6.3. Wel wetenschap van benadeling vereist bij de schuldenaar

Bij het beantwoorden van de vraag onder welke omstandigheden een door de schuldenaar onverplicht verrichte rechtshandeling om niet met succes moet kunnen worden aangevochten, heeft de wetgever niet enkel gekeken

⁶⁷ Van der Feltz, p. 446.

⁶⁸ In de oorspronkelijke regeling was dit het geval als hij niet 'met den vermogenstoestand van den schenker bekend was', zie art. 46 (oud) Fw. Thans is dit het geval als hij geen wetenschap van benadeling had, zie art. 42 lid 3 Fw.

naar het belang van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde, maar ook naar dat van de schuldenaar zelf. Zijn recht om naar eigen inzicht over zijn vermogen te kunnen beschikken,⁶⁹ weegt ook in het geval van een schenking in beginsel zwaarder dan het belang van de benadeelde schuldeisers, zo lijkt de wetgever van oordeel.

"Waarom wordt afgeweken van het stelsel van artikel 775 Wetboek van Koophandel – welk artikel sommige schenkingen *absoluut* nietig verklaart, zelfs waar beide partijen in goede trouw verkeren – behoeft na hetgeen hierboven [zie bl. 437 vlg.] over de absolute nietigheid is opgemerkt, wel geen nadere uiteenzetting. Maar ook reeds het niet-letten op de goede trouw van den schuldenaar is geheel onverdedigbaar en wordt door den staat van faillissement allerm minst gerechtvaardigd. Het ware logischer geweest, indien de wetgever van 1838 een algemeen verbod om te schenken hadde uitgesproken. Zoolang toch het schenken eene geoorloofde handeling is, vordert de consequentie de rechtsgeldigheid te erkennen van elke dusdanige overeenkomst, te goeder trouw aangegaan door iemand, die bevoegd is over zijn vermogen te beschikken. Zonder twijfel maakt het karakter der schenking als liberaliteit het noodig, dat de wetgever hier bepaalde formaliteiten vordere en aan de vrijheid van partijen zekere grenzen stelle. Dit zij echter genoeg. De noodzakelijkheid om verder te gaan en de handeling geheel te verbieden, is nimmer gebleken, en zeker kan het faillissement geen reden zijn om a posteriori dit verbod op beperkte schaal uit te spreken."⁷⁰

Het is om die reden dat de wetgever is afgeweken van art. 775 (oud) WvK, op grond waarvan bepaalde schenkingen absoluut nietig waren. In de huidige regeling kunnen rechtshandelingen om niet slechts met succes worden aangevochten, als de schuldenaar wetenschap van benadeling had.⁷¹

69 Waarover § 4.1 van dit hoofdstuk.

70 Van der Feltz I, p. 447.

71 Zie art. 44 (oud) Fw en 42 lid 1 Fw.

HOOFDSTUK 3

DE AANGEVOCHTEN RECHTSHANDELING

1. INLEIDING

Er is een grote verscheidenheid aan feiten, gebeurtenissen, handelingen en omstandigheden die tot gevolg kunnen hebben dat schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld. Niet al deze rechtsfeiten kunnen met de faillissementspauliana worden aangevochten.¹ De hoofdregel is dat dit slechts geldt voor (i) *rechtshandelingen*, die (ii) door de schuldenaar (iii) vóór zijn faillissement zijn verricht.² Uit de jurisprudentie en de literatuur van de laatste decennia volgt dat deze hoofdregel door maatschappelijke en juridische ontwikkelingen onder druk is komen te staan. In bepaalde gevallen die de wetgever bij de totstandkoming van de huidige regeling niet heeft (kunnen) voorzien, is toepasselijkheid van de faillissementspauliana wenselijk gebleken. Dit vraagt onder omstandigheden om een flexibele benadering van de drie hiervoor genoemde vereisten. Illustratief is in dit verband het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I.³ Uit dit arrest volgt dat voor het antwoord op de vraag of de faillissementspauliana op een bepaald rechtsfeit van toepassing is niet de tekst van art. 42 e.v. Fw beslissend is, maar veeleer de betekenis die aan de hand van de eisen van het huidige rechtsverkeer valt toe te kennen aan de strekking van deze bepalingen.⁴

In dit hoofdstuk wordt voor een aantal uit de jurisprudentie en literatuur bekende rechtsfeiten, die buiten een of meer van de hiervoor genoemde grenzen vallen, onderzocht of deze toch met de faillissementspauliana (zouden moeten) kunnen worden aangevochten. De onderzochte rechtsfeiten zijn zoveel mogelijk ingedeeld bij het deelvereiste ten aanzien waarvan zij een potentiële uitzondering zijn.

1 Zie over het begrip 'rechtsfeit' Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 2.

2 Zie § 2.2-2.3 van hoofdstuk 2.

3 HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104, nt. G (Loeffen q.q./Mees & Hope I).

4 Zie r.o. 3.4.

2. RECHTSHANDELING

2.1. Algemeen

In beginsel komt elk type rechtshandeling voor vernietiging met de faillissementspauliana in aanmerking.⁵ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan gerichte, ongerichte, eenzijdige, meerzijdige, obligatoire en goederenrechtelijke rechtshandelingen.⁶ Binnen de grenzen van art. 3:59 BW kunnen zelfs niet-vermogensrechtelijke rechtshandelingen met de faillissementspauliana worden aangevochten. Een door de schuldenaar gesloten overeenkomst komt slechts als meerzijdige rechtshandeling voor vernietiging in aanmerking. In het kader van de faillissementspauliana worden aanbod en aanvaarding als eenzijdig gerichte rechtshandelingen slechts opgevat als onzelfstandige onderdelen van de overeenkomst.⁷

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat met de faillissementspauliana niet kan worden opgekomen tegen een nalaten of een feitelijke handeling.⁸ Heeft een zodanige gedraging tot benadeling van schuldeisers geleid, dan moet de oplossing in bepalingen als art. 6:162 BW en 6:212 BW worden gezocht, aldus de wetgever.⁹ De benadeling die het directe gevolg is van een rechtsfeit dat niet onder het bereik van de faillissementspauliana valt, kan onder omstandigheden wel indirect met de faillissementspauliana ongedaan worden gemaakt door de aan dat rechtsfeit ten grondslag liggende rechtshandeling van de schuldenaar te vernietigen.¹⁰ Hetzelfde geldt als de bena-

5 Voor de actio Pauliana buiten faillissement komt dit goed tot uitdrukking in de plaatsing van deze regeling in titel 3.2 BW ('Rechtshandelingen'). Dit was anders onder het oude recht, waarin art. 1377 e.v. BW (oud) waren onderbracht in de titel 'Van het gevolg der overeenkomsten'.

6 Zie voor enkele voorbeelden Wessels 2010, nr. 3041 e.v. Absolute schijnhandelingen hoeven niet te worden aangetast, omdat zij geen rechtskracht hebben, zie Ankum 1962-II, p. 71; Faber 2005, nr. 293 en Wessels 2010, nr. 3047 met verdere literatuurverwijzingen.

7 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 872. Het moment waarop het aanbod en de aanvaarding hebben plaatsgevonden kan wel van belang zijn voor de vraag op welk moment de schuldenaar (en zijn wederpartij) wetenschap van benadeling moest(en) hebben, zie § 3.2.1 van hoofdstuk 5.

8 Zie Van der Feltz I, p. 441-442 en Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 391.

9 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 391.

10 Zie A. van Hees 1998, p. 4. Van Hees geeft het voorbeeld van een timmerman die zonder enige tegenprestatie een garage voor een derde timmert. De feitelijke handeling – het timmeren – valt niet onder het bereik van de faillissementspauliana. De aan deze feitelijke handeling ten grondslag liggende overeenkomst wel.

deling in een dergelijk geval door een rechtshandeling van de schuldenaar 'mogelijk is gemaakt'.¹¹

Hoewel in het thans geldende Burgerlijk Wetboek een afzonderlijke titel aan rechtshandelingen is gewijd,¹² heeft de wetgever zich niet gewaagd aan een omschrijving van dit begrip. (Mede) als gevolg hiervan bestaat onduidelijkheid over de vraag of een betaling als een rechtshandeling kwalificeert.¹³ Hetzelfde geldt voor leveringshandelingen en vestigingshandelingen.¹⁴ De discussies die in dit verband gevoerd zijn hebben voor de faillissementspauliana echter geringe betekenis. De toepasselijkheid van de faillissementspauliana op betalingen, leverings- en vestigingshandelingen volgt al uit (de toelichting op) art. 42 e.v. Fw en wordt in de literatuur en jurisprudentie algemeen aanvaard.¹⁵ Ondanks dat art. 42 en 47 Fw wat de gehanteerde terminologie betreft van elkaar afwijken – art. 42 Fw spreekt van 'rechtshandeling' en art. 47 Fw van 'voldoening' – lijkt een verschil in toepassingsbereik in dit verband niet beoogd.¹⁶ Wat met betrekking tot art. 47 Fw als 'voldoening' kwalificeert valt dus tevens onder de reikwijdte van 'rechtshandeling' als bedoeld in art. 42 Fw. Omgekeerd geldt hetzelfde: art. 47 Fw ziet op alle verplicht verrichte 'rechtshandelingen'.¹⁷

2.2. Nalaten

Ankum heeft verdedigd dat met de actio Pauliana ook moet kunnen worden opgekomen tegen een (zuiver) nalaten van de schuldenaar, indien dit heeft geleid tot een 'vermogensvermindering'.¹⁸ Wordt door het nalaten een 'vermogensvermeerdering' voorkomen, dan is voor de actio Pauliana

11 Stel bijvoorbeeld dat de schuldenaar zijn auto verkoopt en levert aan een derde en vervolgens met de in papiergeld ontvangen koopsom de haard aansteekt. Door vernietiging van de rechtshandeling die de benadeling mogelijk heeft gemaakt – de koopovereenkomst – kan de benadeling ongedaan gemaakt worden.

12 Zie titel 3.2 BW.

13 Zie hierover Rank 1996, p. 143-148 met verdere literatuurverwijzingen.

14 Zie hierover Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 131-134.

15 Zie Faber 2005, nr. 301. Anders Westrik en Van Dooren 2011, p. 247 die van oordeel zijn dat leverings- en vestigingshandelingen niet als 'rechtshandeling' in de zin van de faillissementspauliana moeten worden beschouwd.

16 De wetgever merkt op dat de toepassing van art. 47 Fw niet beperkt blijft tot betalingen van een geldsom, zie Van der Feltz I, p. 451. Bovendien wordt in de parlementaire geschiedenis op veel plaatsen over 'verplichte handelingen' gesproken, zie bijvoorbeeld Van der Feltz I, p. 434-436 en 449 en Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 398.

17 Zie ook Faber 2005, nr. 312.

18 Zie Ankum 1959, p. 27-28; Ankum 1962-II, p. 113 e.v. en Ankum 1993, p. 238. Anders Beekhuis 1959-I, p. 4, voetnoot 4; Mellema-Kranenburg 1996, p. 11; Faber 2005, nr. 293 en Van Dijck 2006, p. 75.

volgens hem geen rol weggelegd. Met de beslissing van de schuldenaar om zijn vermogen niet te vermeerderen behoren zijn schuldeisers zich niet te kunnen inlaten, aldus Ankum.¹⁹ Hij merkt daarnaast op dat het nadeel van de schuldeisers in een dergelijk geval niet met een beroep op de actio Pauliana ongedaan kan worden gemaakt. Bestaat het nalaten van de schuldenaar bijvoorbeeld in het niet aanvaarden van een aanbod tot schenking, dan kunnen de benadeelde schuldeisers na een beroep op de actio Pauliana niet zelf de aanvaarding verrichten. De mogelijkheid van een 'zijdelingse vordering' waarbij de schuldeisers de rechten van de schuldenaar kunnen uitoefenen, indien de schuldenaar door een stilzitten zijn vermogensbelangen dreigt te schaden, ontbreekt in ons recht.²⁰

Bij zijn betoog dat een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar door een nalaten onder het toepassingsbereik van de actio Pauliana zou moeten vallen, had Ankum met name het oog op het laten verlopen van een verjaringstermijn of een vervaltermijn.²¹ Hij ziet niet in waarom bijvoorbeeld tegen de *afstand* van een goederenrechtelijk recht wel, maar tegen het verlies van een dergelijk recht door *verjaring* niet kan worden opgekomen. In de sanctie van de actio Pauliana ziet Ankum geen dogmatisch bezwaar tegen zijn opvatting.²² De Weijs, die thans voor de faillissementspauliana een vergelijkbaar standpunt inneemt als Ankum voor de actio Pauliana buiten faillissement heeft gedaan, ziet de sanctie wel als een obstakel.²³ Hij merkt op dat vernietiging niet past bij een vermogensverminderend nalaten van de schuldenaar. De sanctie moet daarom volgens hem zijn dat de wederpartij zich niet op de gevolgen van het nalaten kan beroepen. Begrijp ik het goed, dan betekent dit bijvoorbeeld dat wanneer de curator tot inning van een 'op paulianeuze wijze' verjaarde vordering overgaat, de debiteur van de vordering zich niet met succes op de verjaring kan beroepen.

De door Ankum en De Weijs verdedigde benadering moet mijn inziens niet worden gevolgd. Op de eerste plaats is het 'toetsingsmodel' van de faillissementspauliana niet geschikt om het laten verlopen van een verjaringstermijn of een vervaltermijn door de schuldenaar te beoordelen. Een dergelijke gedraging is niet eenvoudig gelijk te stellen met een eenzijdig ongerichte, eenzijdig gerichte of meezijdige rechtshandeling, waardoor niet duidelijk is wie voor een succesvol beroep op de (faillissements)pau-

19 Zie Ankum 1962-II, p. 112.

20 Zie hierover Beekhuis 1959-I, p. 3.

21 Zie Ankum 1962-II, p. 113.

22 Zie Ankum 1962-II, p. 114.

23 Zie De Weijs 2010, p. 227.

liana wetenschap van benadeling moeten hebben. De Weijs lijkt dit probleem op te lossen door het laten verlopen van een termijn voor de toepassing van de (faillissements)pauliana te beschouwen als een anders dan om niet verrichte rechtshandeling. Het vereiste van wetenschap van benadeling geldt volgens hem niet alleen voor de schuldenaar, maar ook voor de gene ten aanzien van wie de schuldenaar de termijn heeft laten verlopen. Zou dit niet het geval zijn, dan wordt te veel afbreuk gedaan aan de beschermende functie van verjaring, dan wel de belangen die derden hebben bij het verlopen van een vervaltermijn, aldus De Weijs.²⁴ Of het belang van de gene ten aanzien van wie de termijn is verstreken inderdaad voldoende zou worden beschermd door ook bij hem wetenschap van benadeling te eisen, kan mijns inziens echter worden betwijfeld. Ik kom hier later op terug.

De Weijs geeft niet aan op welk *moment* het laten verlopen van de termijn als 'rechtshandeling' geacht moet worden te hebben plaatsgevonden.²⁵ Is dit bijvoorbeeld het moment waarop de termijn is aangevangen? Partijen zullen dan in de regel geen wetenschap van benadeling hebben,²⁶ waardoor een beroep op de (faillissements)pauliana zelden of nooit zal slagen. Moet het laten verlopen van een verjarings- of vervaltermijn dan worden geacht te hebben plaatsgevonden op het moment dat de termijn is voltooid? Dit zou de vraag doen rijzen hoe moet worden omgegaan met de situatie waarin de schuldenaar de termijn bewust laat verlopen, maar de voltooiing van de termijn niet reeds vóór, maar pas (kort) na het uitspreken van het faillissement plaatsvindt. Anders dan geldt met betrekking tot 'echte' rechtshandelingen die de schuldenaar tijdens zijn faillissement verricht, biedt het fixatiebeginsel schuldeisers geen bescherming tegen het tijdens faillissement voltooid raken van een verjarings- of een vervaltermijn. Om niet in de merkwaardige situatie te raken dat tijdens faillissement meer is toegestaan dan daarvoor, zou de faillissementspauliana ook in dat geval moeten kunnen worden toegepast. Niet duidelijk is hoe de toepassing van de faillissementspauliana zich dan zou verhouden met een mogelijke eigen verantwoordelijkheid van de curator om te voorkomen dat verjarings- en vervaltermijnen tijdens faillissement worden voltooid.

De tweede reden om de door Ankum en De Weijs verdedigde benadering niet te volgen, is dat wetenschap van benadeling mijns inziens niet het

24 Zie De Weijs 2010, p. 227-228.

25 De Weijs bespreekt deze vraag niet.

26 Op dat moment staat nog niet vast dat de termijn zal worden voltooid en schuldeisers als gevolg hiervan zullen worden benadeeld.

juiste criterium is om het handelen te beoordelen van degene ten aanzien van wie de schuldenaar de termijn heeft laten verlopen. Weet hij dat door het verlopen van de termijn de schuldeisers van de schuldenaar worden benadeeld, maar grijpt hij desondanks niet in, dan handelt hij daarmee mijns inziens niet zonder meer onoorbaar ten opzichte van die schuldeisers. De vraag onder welke omstandigheden dit wel het geval is, kan niet eenvoudig worden beantwoord. Gedacht zou kunnen worden aan de situatie waarin hij bij de schuldenaar erop heeft aangedrongen de termijn te laten verlopen. Het beroep op verjaring zou in die gevallen op art. 3:13 BW moeten stranden. Dit kan mijns inziens zowel als een termijn vóór dan wel tijdens het faillissement van de schuldenaar is voltooid.

2.3. Samenstel van rechtshandelingen

2.3.1. Vernietiging van rechtshandelingen afzonderlijk

Met de faillissementspauliana kunnen rechtshandelingen mijns inziens alleen *afzonderlijk* worden aangevochten.²⁷ Heeft bijvoorbeeld de overdracht van een goed door de schuldenaar ten titel van koop tot benadeling geleid, dan is het niet mogelijk om de overdracht – zoals in art. 3:84 lid 1 BW bedoeld – *als zodanig* te vernietigen.²⁸ De rechtshandelingen die tot de overdracht hebben geleid – de koopovereenkomst en de leveringshandeling – kunnen alleen afzonderlijk onderwerp zijn van een vernietigingsactie. Dit sluit op de eerste plaats goed aan bij het systeem van het vermogensrecht waarbinnen eveneens geldt dat (obligatoire dan wel goederenrechtelijke) rechtshandelingen slechts afzonderlijk kunnen worden vernietigd. Daarnaast wordt hiermee recht gedaan aan het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen. Als een overdracht als zodanig onderwerp zou kunnen zijn van een beroep op de faillissementspauliana, dan verdwijnt dit onderscheid. Er wordt dan geen verschil meer gemaakt tussen de in de regel *onverplicht* gesloten overeenkomst en de in de regel *verplicht* verrichte leveringshandeling. Door de overdracht voor toepassing van art. 42 Fw als 'rechtshandeling' te beschouwen zou bovendien ten onrechte de conclusie kunnen worden getrokken dat partijen wetenschap van benadeling moeten hebben op het moment waarop aan alle vereisten voor de *overdracht* is voldaan. Met name in situaties waarin dit moment niet samenvalt met het moment

27 Zie Winter 1992, p. 231-232; Van Koppen 1998-I, p. 50; Van Koppen 1999, p. 162 en Faber 2005, nr. 302 en 315.

28 Anders Wessels 2010, nr. 3043 en Hof 's-Gravenhage 13 oktober 1930, *NJ* 1931, p. 460 e.v.

waarop de voor die overdracht vereiste overeenkomst is gesloten, kan dit tot onbillijke uitkomsten leiden. Gedacht kan worden aan het geval waarin de schuldenaar in een periode waarin hij nog geen financiële problemen heeft een goed beneden de waarde verkoopt, maar dit goed pas kort voor zijn faillissement aan de koper levert. Niet het moment waarop de *overdracht* heeft plaatsvonden – in casu het moment waarop is geleverd – maar het moment waarop de *koopovereenkomst* is gesloten moet dan beslissend zijn bij het beantwoorden van de vraag of partijen wetenschap van benadeling hadden.

2.3.2. Vernietiging van een samenstel als zodanig is niet mogelijk

Met betrekking tot de faillissementspauliana wordt met een 'samenstel van rechtshandelingen' veelal de situatie bedoeld waarin bij het beantwoorden van de benadelingsvraag niet alleen naar de gevolgen van één bepaalde rechtshandeling mag worden gekeken, maar ook rekening moet worden gehouden met de gevolgen van andere rechtsfeiten c.q. rechtshandelingen. Een bekend voorbeeld hiervan is het geval waarin de schuldenaar voor een reële prijs een goed aan een van zijn schuldeisers verkoopt en levert, en vervolgens de ontvangen koopsom aanwendt om een opeisbare schuld aan die schuldeiser te betalen. Vernietiging van de betaling zal dan veelal niet mogelijk zijn vanwege de strenge eisen die art. 47 Fw aan de vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen stelt. Vernietiging van de koopovereenkomst op grond van art. 42 Fw lijkt op het eerste gezicht evenmin mogelijk, omdat de koopovereenkomst *op zichzelf beschouwd* niet tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Indien bij de vraag of de koopovereenkomst tot benadeling van schuldeisers heeft geleid echter ook het nadeel van de betaling mag worden meegenomen, dan is een succesvol beroep op de faillissementspauliana onder omstandigheden toch mogelijk.²⁹ De koopovereenkomst en de betaling worden dan tezamen ook wel aangeduid als een 'samenstel van rechtshandelingen'.

Dat bij de benadelingsvraag met de gevolgen van het gehele samenstel van rechtshandelingen rekening moet worden gehouden, betekent mijns in-

29 Zie hierover § 3.2.4 van hoofdstuk 5. Het omgekeerde geval is ook mogelijk. Een rechtshandeling die op zichzelf beschouwd tot benadeling van schuldeisers leidt kan niet worden vernietigd als deze deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen dat als zodanig geen benadeling van schuldeisers tot gevolg heeft gehad, zie § 5 van hoofdstuk 5.

ziens niet dat dit samenstel ook als zodanig kan worden vernietigd.³⁰ Een dergelijke vernietigingsmogelijkheid zou tot onnodige complicaties leiden bij de toepassing van de faillissementspauliana. Bestaat een samenstel van rechtshandelingen zowel uit onverplicht als verplicht verrichte rechtshandelingen van de schuldenaar, dan zou bijvoorbeeld niet duidelijk zijn of het regime van art. 42 Fw of dat van art. 47 Fw van toepassing is. Daarnaast zouden problemen ontstaan in gevallen waarin bij de verschillende rechtshandelingen van de schuldenaar niet dezelfde partijen betrokken zijn. Stel bijvoorbeeld dat de schuldenaar in het hiervoor gegeven voorbeeld niet een schuld aan de koper, maar een schuld aan een andere schuldeiser zou hebben betaald uit de ontvangen koopsom. De vraag rijst dan ten aanzien van wie – de koper en/of de betaalde schuldeiser – (naast de schuldenaar) de subjectieve criteria van art. 42 of 47 Fw gelden. Zijn de onderscheiden rechtshandelingen niet op hetzelfde moment verricht, dan is bovendien onduidelijk welk moment beslissend is voor de vraag of aan het toepasselijke criterium is voldaan. Ten slotte is onzeker wie – de koper en/of de betaalde schuldeiser – in geval van een geslaagd beroep op de faillissementspauliana gehouden is hetgeen hij van de schuldenaar heeft ontvangen aan de curator terug te geven.

2.3.3. Vernietiging van alle tot het samenstel behorende rechtshandelingen (afzonderlijk) is niet verplicht

Is de benadeling van schuldeisers veroorzaakt door een samenstel van rechtshandelingen, dan kan de curator de benadeling veelal ongedaan maken door *één* van de tot het samenstel behorende rechtshandelingen aan te vechten. Hij is mijns inziens niet verplicht om *alle* tot het samenstel behorende rechtshandelingen aan te vechten. In het hiervoor genoemde voorbeeld waarin de schuldenaar een goed verkoopt en uit de koopsom een van zijn schuldeisers betaalt, zou de curator er voor moeten kunnen kiezen om alleen de koopovereenkomst te vernietigen. In het arrest *Pannevis q.q./Air Holland* lijkt de Hoge Raad echter tot een ander oordeel te komen.³¹ Hij overweegt dat het beroep op de faillissementspauliana in het te

30 Anders Wessels 2010, nr. 3054 en Westrik en Van Dooren 2011, p. 246-254. Wellicht ook Van Boom 2008, p. 731. Ook in de (lagere) rechtspraak komt men een dergelijke benadering zo nu en dan tegen, zie HR 30 april 1931, NJ 1931, p. 1275 e.v. (*Burghgraef/Zeven q.q.*); HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*); Rb. Groningen 17 augustus 1993, V-N 1994/434; Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1998, JOR 1998/156; Hof Leeuwarden 9 december 1998, V-N 1998/8.26 en Hof Arnhem 9 september 2003, NJF 2003, 61. Er wordt dan ook wel gesproken van de vernietiging van een 'transactie', 'constructie' of 'complex van (rechts)handelingen'.

31 HR 19 december 2008, NJ 2009, 220, nt. PvS; JOR 2009/172 (*Pannevis q.q./Air Holland*).

beoordelen geval alleen kans van slagen zou hebben gehad als curatoren 'de nietigheid van al deze rechtshandelingen hadden ingeroepen'.³²

Dit oordeel van de Hoge Raad kan grammaticaal op twee manieren worden geïnterpreteerd.³³ Op de eerste plaats kan hij hebben bedoeld dat als een samenstel van rechtshandelingen tot benadeling heeft geleid, het samenstel *als zodanig* – met één vernietigingsactie derhalve – moet worden aangevochten. Voor mijn kritiek op deze benadering verwijs ik naar de vorige paragraaf van dit hoofdstuk. Op de tweede plaats kan de Hoge Raad hebben bedoeld dat als een samenstel van rechtshandelingen tot benadeling heeft geleid, alle *afzonderlijke* tot het samenstel behorende rechtshandelingen moeten worden vernietigd. Ook deze rechtsregel is mijns inziens onwenselijk, omdat de bestrijding van onoorbare verhaalsbenadeling hierdoor onnodig wordt bemoeilijkt. Het aantonen van het paulianeuze karakter van *alle* tot een samenstel behorende rechtshandelingen zal in veel gevallen praktisch onmogelijk zijn, terwijl het voor het beoogde resultaat niet nodig is om alle rechtshandelingen te vernietigen. In het voorbeeld van de schuldenaar die een goed verkoopt en met de koopsom een van zijn schuldeisers betaalt, zou de curator niet alleen de onverplicht gesloten koopovereenkomst moeten vernietigen, maar ook de verplicht verrichte betaling. Dit laatste is voor het ongedaan maken van de benadeling niet noodzakelijk. Onduidelijk is overigens hoe zou moeten worden omgegaan met gevallen waarin het samenstel van rechtshandelingen niet alleen uit rechtshandelingen van de schuldenaar bestaat, maar ook uit rechtsfeiten die niet met de faillissementspauliana kunnen worden aangevochten. Ik kom hier later op terug.

De vraag is hoe het oordeel van de Hoge Raad tot stand heeft kunnen komen. Mijns inziens is dit (mede) het gevolg van de onjuiste veronderstelling van het hof dat de boedel ongerechtvaardigd zou worden bevoordeeld, indien niet alle tot het samenstel behorende rechtshandelingen zouden worden vernietigd, maar slechts één daarvan. Ik zal dit duidelijk proberen te maken aan de hand van een bespreking van het arrest.

Air Holland (hierna: AH), die alle aandelen hield in Air Holland Charter (hierna: AHC), heeft in het kader van een reorganisatie binnen de Air Holland Groep een reorganisatieovereenkomst gesloten met AHC. In deze reorganisatieovereenkomst zijn partijen overeengekomen dat AHC, die op dat moment alle aandelen hield in Air Holland Leasing I (hierna: AHL I), haar aandelen in AHL I aan AH zou overdragen. Het belangrijkste actief van AHL I bestaat op dat moment uit een vliegtuig van het

32 Zie r.o. 3.6.2.

33 Zie ook Westrik en Van Dooren 2011, p. 250.

type Boeing 737. Om aan haar verplichting uit hoofde van deze reorganisatieovereenkomst te voldoen, heeft AH als 100% aandeelhouder van AHC besloten tot uitkering van een tussentijds dividend, ter hoogte van de door AH aan AHC verschuldigde koopsom. De vordering van AHC op AH tot betaling van de koopsom is vervolgens door AH verrekend met haar tegenvordering op AHC (de vordering tot uitkering van dividend). Enige tijd later faillieert AHC. De curatoren van AHC zijn van mening dat zowel de reorganisatieovereenkomst als het dividendbesluit paulianeus is. De benadeling zou er volgens hen in zijn gelegen dat (i) bij de vaststelling van de koopprijs van de aandelen AHL I in de reorganisatieovereenkomst geen rekening is gehouden met de stille reserve bestaande uit het verschil tussen werkelijke waarde van de Boeing 737 en de boekwaarde daarvan, en (ii) door het dividendbesluit vermogen aan AHC is onttrokken. De curatoren geven AH desalniettemin te kennen niet tot vernietiging van de reorganisatieovereenkomst over te gaan, maar slechts het dividendbesluit te zullen aanvechten.

De reden dat curatoren de reorganisatieovereenkomst niet aanvechten is waarschijnlijk dat zij onvoldoende kans zien hiermee de benadeling van schuldeisers ongedaan te maken. Na de overdracht van de aandelen AHL I aan AH, heeft AHL I de Boeing 737 door middel van een *sale and lease back* aan een derde verkocht en geleverd. De opbrengst van de Boeing 737 is vervolgens door AHL I aan AHC ter beschikking gesteld in de vorm van een renteloze lening. De vordering van AHL I op AHC tot terugbetaling van deze lening is door het faillissement van AHC aanzienlijk minder waard dan de Boeing 737 waarvoor zij 'in de plaats is gekomen'. Dit zal zijn weerslag hebben gehad op de waarde van de aandelen AHL I. De waardedaling van de aandelen AHL I zal voor curatoren vermoedelijk aanleiding zijn geweest om van de vernietiging van de reorganisatieovereenkomst af te zien. Dit zou namelijk *primair* slechts tot gevolg hebben gehad dat de – sterk in waarde gedaalde – aandelen AHL I weer tot het vermogen van AHC zouden zijn gaan behoren.

In cassatie was de vraag of het curatoren vrijstaat om, gelet op de samenhang tussen de verschillende rechtshandelingen, enerzijds afstand te doen van de mogelijkheid om de aandelen AHL I terug in de boedel te krijgen, maar anderzijds wel het dividendbesluit aan te vechten. Deze vraag was door het hof ontkennend beantwoord.³⁴ De Hoge Raad overweegt:

"Onjuist is dat het de curatoren niet vrijstaat om enerzijds afstand te doen van het recht op teruggave van de aandelen en anderzijds wel aanspraak te maken op terugbetaling van het dividend, op de grond dat toewijzing van hun vordering ertoe zou leiden dat de boedel in een gunstiger positie zou komen te verkeren (...). Het feit dat de curatoren afstand hebben gedaan van het recht op teruggave, brengt niet mee dat zij dan ook niet de terugbetaling van het dividend mogen vorderen, althans dit oordeel past niet in het stelsel van art. 51 lid 1 en lid 3 F., en de daarin neergelegde gedachtegang van het hof is onbegrijpelijk (...)."³⁵

Uit deze overweging lijkt ondubbelzinnig te volgen dat de Hoge Raad zich *niet* kan vinden in het oordeel van het hof en de samenhang tussen de des-

34 Zie r.o. 3.7.11 en 3.7.12 van het arrest van het hof.
35 R.o. 3.6.1.

betreffende rechtshandelingen er volgens hem niet aan in de weg staat dat de curatoren hun pijlen slechts richten op één van de tot het samenstel behorende rechtshandelingen. Het verbaast daarom dat de Hoge Raad een rechtsoverweging verder overweegt dat:

"(...) het besluit tot uitkering van dividend en de voldoening daarvan door verrekening met de koopprijs van de aandelen niet los [kunnen] worden gezien van de Reorganisatieovereenkomst I. Deze overeenkomst en het Dividendbesluit vormden een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen dat de (nadelige) gevolgen ervan in onderling verband moeten worden beoordeeld. Hieruit vloeit voort dat de vorderingen van de curatoren alleen kans van slagen hadden als zij de nietigheid van *al deze rechtshandelingen* [cursivering: RJvdW] hadden ingeroepen. De aan de onderdelen ten grondslag liggende rechtsopvatting dat afzonderlijke vernietiging van een van de rechtshandelingen mogelijk is en dat de bevoordeling daardoor van de boedel niet relevant is, kan niet als juist worden aanvaard. Het oordeel van het hof dat de curatoren zich ook niet mochten beperken tot vernietiging van een van de rechtshandelingen omdat daardoor de boedel ongerechtvaardigd zou worden bevoordeeld, is niet onjuist of onbegrijpelijk."³⁶

Uit deze rechtsoverweging volgt dat de Hoge Raad zich juist *wel* in het oordeel van het hof kan vinden.³⁷ In gevallen waarin de benadeling van schuldeisers het gevolg is van een samenstel van rechtshandelingen, heeft de vordering van de curator die tot doel heeft deze benadeling te redresseren dus alleen kans van slagen, als hij *alle* tot het samenstel behorende rechtshandelingen met succes weet aan te vechten, aldus de Hoge Raad.

Zoals al aangegeven, lijkt het oordeel van de Hoge Raad (mede) het gevolg te zijn van de mijns inziens onjuiste veronderstelling van het hof dat de boedel ongerechtvaardigd zou zijn bevoordeeld als alleen het dividendbesluit was vernietigd. Het hof wordt in deze gedachte gesteund door A-G Timmerman:

"Hier komt nog bij dat het gevolg van het slechts vernietigen van het Dividendbesluit zal zijn dat de boedel alsnog aanspraak maakt op "terugbetaling" van het dividend. De vernietiging van het Dividendbesluit heeft bovendien tot gevolg dat AH NV alsnog de koopprijs voor de aandelen zal moeten betalen. Die betaling heeft immers door het met terugwerkende kracht wegvallen van het Dividendbesluit niet plaatsgevonden. Hiermee komt de boedel in een gunstiger positie, zoals het hof in rov. 3.7.12 terecht aangeeft, (deze maakt aanspraak op de koopprijs voor de aandelen in contanten+terugbetaling van het dividend in conta[n]ten) dan wanneer het gehele samenstel van handelingen niet zou hebben plaatsgevonden (...)."³⁸

36 R.o. 3.6.2.

37 Dit blijkt ook uit het feit dat de Hoge Raad het beroep van curatoren uiteindelijk verworpt en niet tot cassatie overgaat.

38 Zie A-G Timmerman, conclusie voor HR 19 december 2008, NJ 2009, 220, nt. PvS; JOR 2009/172 (*Pannevis q.q./Air Holland*), nr. 4.19.

Anders dan A-G Timmerman meent, heeft de vernietiging van het dividendbesluit allerm minst tot gevolg dat de boedel aanspraak kan maken op *zowel* betaling van de koopprijs van de aandelen *als* terugbetaling van het dividend. Omdat van een daadwerkelijke betaling van dividend aan AH geen sprake is geweest, kan ook van een terugbetaling door AH geen sprake zijn. Het dividendbesluit van AH heeft weliswaar tot gevolg gehad dat een vordering tot uitkering van dividend is ontstaan, maar deze vordering is vervolgens 'slechts' verrekend met de door AH aan AHC verschuldigde vordering tot betaling van de koopprijs van de aandelen AHL I. Vernietiging van het dividendbesluit heeft tot gevolg dat de vordering tot uitkering achteraf gezien nooit heeft bestaan, waardoor ook de verrekening met de vordering tot betaling van de koopprijs van de aandelen geacht wordt nooit te hebben plaatsgevonden. De vernietiging van het dividendbesluit leidt er dus slechts toe dat curatoren alsnog voldoening van de vordering tot betaling van de koopsom kunnen vorderen. De faillissementsboedel wordt hierdoor niet ongerechtvaardigd bevoordeeld.

Van Schilfgaarde schrijft in zijn noot onder het arrest dat het voor de hand ligt om ten aanzien van een samenstel van rechtshandelingen dat slechts bestaat uit rechtshandelingen van de schuldenaar voor een andere benadering te kiezen dan bij een samenstel van rechtshandelingen dat tevens bestaat uit rechtshandelingen die door derden zijn verricht. In het laatste geval zou de curator moeten kiezen voor de 'omweg' via het benadelingsvereiste, aldus Van Schilfgaarde.³⁹ Zie ik het goed, dan doelt hij hiermee op de door mij voorgestane benadering waarin slechts één rechtshandeling van de schuldenaar wordt aangevochten, maar bij het beantwoorden van de vraag of deze rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers heeft geleid ook rekening mag worden gehouden met de nadelige gevolgen van andere rechtsfeiten c.q. rechtshandelingen. Bestaat een samenstel van rechtshandelingen slechts uit rechtshandelingen van de schuldenaar, dan zou de curator volgens Van Schilfgaarde moeten kiezen voor de volgens hem esthetisch mooiere 'vernietigingsweg', die erop neerkomt dat de curator *alle* tot het samenstel behorende rechtshandelingen moet vernietigen.⁴⁰ Zoals aangegeven voel ik weinig voor deze benadering, ook in het geval dat een samenstel van rechtshandelingen slechts uit rechtshandelingen van de schuldenaar bestaat.

39 Zie Van Schilfgaarde, noot onder HR 19 december 2008, NJ 2009, 220 (*Pannevis q.q./Air Holland*), onder 9.

40 Niet duidelijk wordt of Van Schilfgaarde hiermee bedoelt dat alle tot het samenstel behorende rechtshandelingen afzonderlijk moeten worden vernietigd, of het samenstel van rechtshandelingen als zodanig.

3. VERRICHT DOOR DE SCHULDENAAR

3.1. Algemeen

De uit de tekst van art. 42 en 47 Fw voortvloeiende regel dat alleen door de *schuldenaar* verrichte rechtshandelingen onder het toepassingsbereik van de faillissementspauliana vallen, lijkt niet het resultaat te zijn van een bewuste poging van de wetgever om het toepassingsbereik van de faillissementspauliana te beperken.⁴¹ Het komt eerder op mij over als een logisch gevolg van het feit dat in beginsel slechts de schuldenaar door het verrichten van rechtshandelingen de verhaalspositie van zijn schuldeisers rechtstreeks kan beïnvloeden.

Het bovenstaande laat onverlet dat er gevallen zijn waarin een rechtshandeling van een *derde* rechtstreeks tot gevolg heeft dat de verhaalsmogelijkheden van een schuldeiser met betrekking tot zijn vordering op de schuldenaar kleiner worden. Dit kan zich onder meer voordoen wanneer een schuldeiser voor zijn vordering niet alleen verhaal kan nemen op de goederen van zijn schuldenaar, maar ook op een of meer goederen van derden. Doet een derdenpandgever bijvoorbeeld afstand van een vordering die hij aan een schuldeiser van de schuldenaar heeft verpand, dan wordt de schuldeiser hierdoor onder omstandigheden benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden. Art. 3:48 BW biedt de schuldeiser in een dergelijk geval de mogelijkheid een beroep op de actio Pauliana te doen, ondanks dat van een rechtshandeling van zijn schuldenaar geen sprake is.⁴² Op grond van dit artikel geldt dat onder 'schuldenaar' in de zin van art. 3:45-47 BW mede is begrepen 'hij op wiens goed voor de schuld van een ander verhaal kan worden genomen'.

Onduidelijk is of het bepaalde in art. 3:48 BW ook geldt voor 'schuldenaar' zoals bedoeld in art. 42 e.v. Fw.⁴³ Kan de curator in het hierboven genoemde voorbeeld, waarin een schuldeiser is benadeeld doordat een derdenpandgever afstand van een aan de schuldeiser verpande vordering heeft gedaan, de overeenkomst van afstand op grond van de faillissementspauliana vernietigen? Een dergelijke bevoegdheid lijkt buiten zijn taak van beheerder en vereffenaar van de faillissementsboedel te vallen. In beginsel zal de omvang van (de verifieerbare aanspraken op) de faillissementsboe-

41 Zie § 2.3 van hoofdstuk 2.

42 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 773.

43 Wessels merkt zonder nadere motivering slechts op dat art. 3:48 BW 'naar haar aard niet [geldt] in faillissement', zie Wessels 2010, nr. 3031.

del als gevolg van de desbetreffende rechtshandeling niet zijn gewijzigd. Weliswaar zal de benadeelde schuldeiser door het tenietgaan van zijn derdenpandrecht mogelijk een grotere vordering ter verificatie indienen in het faillissement van de schuldenaar, daartegenover zal staan dat de derdenpandgever – wiens goed niet is uitgewonnen – geen krachtens subrogatie verkregen vordering (art. 6:150 onder a BW) indient. Het lijkt reeds om die reden meer op de weg van de benadeelde schuldeiser zelf te liggen om de desbetreffende rechtshandeling met een beroep op art. 3:45 e.v. BW te vernietigen. Er is echter nog een bezwaar tegen de mogelijkheid voor de curator om ook in de in art. 3:48 BW bedoelde gevallen een beroep op de art. 42 e.v. Fw te doen. Door toepasselijkheid van de faillissementspauliana zouden niet alleen door de derde onverplicht verrichte rechtshandelingen, maar ook door hem verplicht verrichte rechtshandelingen voor vernietiging in aanmerking komen. Dit staat op gespannen voet met het feit dat de *derde* in veel gevallen zelf niet in staat van faillissement zal verkeren. Ten slotte zij opgemerkt dat ook de jurisprudentie van de Hoge Raad erop lijkt te wijzen dat art. 3:48 BW niet geldt voor 'schuldenaar' zoals bedoeld in art. 42 e.v. Fw. Uit de arresten *Kuijpers q.q./Ontvanger en Sigmacon I* volgt dat wanneer een in art. 3:48 BW bedoelde derde een rechtshandeling heeft verricht met of jegens de *curator* van de schuldenaar, de schuldeiser die hierdoor is benadeeld een beroep op art. 3:45 e.v. BW toekomt.⁴⁴ In het licht van deze arresten lijkt het aannemelijk dat de bevoegdheid om een rechtshandeling van een in art. 3:48 BW bedoelde derde aan te vechten, eveneens bij de individuele schuldeiser ligt als de rechtshandeling is verricht met een ander dan de curator.

In het arrest *Loeffen q.q./Mees & Hope I* heeft de Hoge Raad voor het eerst een uitzondering toegestaan op de hoofdregel dat met de faillissementspauliana slechts rechtshandelingen van de *schuldenaar* kunnen worden aangevochten.⁴⁵ Een vergelijkbare uitzondering volgt uit het arrest *Slijm/Brouwer*.⁴⁶ De Hoge Raad heeft zich in deze arresten niet uitgelaten over de reikwijdte van de gegeven uitzonderingen. De vraag is derhalve of er nog meer situaties zijn waarin de faillissementspauliana van toepassing is dan wel zou moeten zijn, ondanks dat van een rechtshandeling van de schuldenaar geen sprake is. In § 3.3 en § 3.4 wordt ingegaan op twee gevallen die in dit verband in de literatuur ter sprake zijn gekomen. Eerst zal ik echter in § 3.2 de genoemde arresten van de Hoge Raad bespreken.

44 HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 450, nt. JBMV (*Kuijpers q.q./Ontvanger*) en HR 12 mei 1989, NJ 1990, 130, nt. WHH (*Sigmacon I*).

45 HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104, nt. G (*Loeffen q.q./Mees & Hope I*).

46 HR 18 januari 2008, NJ 2008, 335, nt. PvS; JOR 2008/83, nt. Spinath (*Slijm/Brouwer*).

3.2. Voldoening door de schuldenaar

Uit het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I volgt dat onder 'voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld' als bedoeld in art. 47 Fw ook is begrepen een vermindering van het debetsaldo op de rekening van de schuldenaar bij zijn bank als gevolg van een betaling door een derde aan de schuldenaar op die rekening. Hoewel in dat geval de schuld van de schuldenaar aan de bank door voldoening tenietgaat, is van een door de *schuldenaar* verrichte rechtshandeling geen sprake.

Meerhuys (de schuldenaar) houdt een bankrekening aan bij Mees & Hope. Deze rekening vertoont op een zeker moment een debetsaldo van f 856.326,31. APO, een zustervenootschap van Meerhuys, houdt eveneens een bankrekening aan bij Mees & Hope. Deze rekening vertoont een debetstand van ruim f 975.000. APO is tevens debiteur van Meerhuys; zij heeft een schuld van f 750.000 waarvoor zij vanwege haar slechte financiële situatie geen verhaal biedt. Na overleg met de betrokken partijen heeft Mees & Hope besloten de bestaande kredietruimte van APO met f 750.000 te vergroten, zodat APO in staat is haar schuld aan Meerhuys te voldoen. Afgesproken wordt dat betaling door APO plaatsvindt op de rekening die Meerhuys aanhoudt bij Mees & Hope, zodat als gevolg van de betaling niet alleen de vordering van Meerhuys op APO tenietgaat, maar tevens het debetsaldo op de bankrekening van Meerhuys bij Mees & Hope vermindert. Nadat Meerhuys failliet is verklaard, beroept de curator zich met betrekking tot deze vermindering van het debetsaldo op art. 47 Fw. De schuldeisers van Meerhuys zouden hierdoor volgens hem zijn benadeeld.

Volgens de Hoge Raad valt niet goed in te zien waarom een vermindering van het debetsaldo van de schuldenaar wel onder het bereik van art. 47 Fw zou vallen als deze het gevolg is van een storting op de rekening door de schuldenaar zelf, maar dit niet het geval zou zijn als deze is veroorzaakt door een betaling op die rekening door een debiteur van de schuldenaar. Aan het enkele feit dat uit de regeling van de faillissementspauliana en de toelichting daarop voortvloeit dat voor vernietiging steeds een 'te kwader trouw handelen' van de *schuldenaar* vereist is, mag volgens hem geen doorslaggevende betekenis meer toekomen. Beslissend acht de Hoge Raad veeleer de betekenis die aan de hand van de eisen van het huidige rechtsverkeer, waarin girale betaling als een normale wijze van betaling moet worden beschouwd, kan worden toegekend aan de strekking van art. 47 Fw. Deze strekking zou in het huidige rechtsverkeer niet tot haar recht komen wanneer een vermindering van het debetsaldo als in het onderhavige geval niet zou worden aangemerkt als een 'voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld'. Een bank zou zich dan steeds mogen verhalen op door de schuldenaar op zijn rekening ontvangen bedragen, ook al wist zij dat het faillissement van de schuldenaar al was aangevraagd.

Voor een dergelijke uitzonderingspositie bestaat geen goede grond, aldus de Hoge Raad.⁴⁷

Door de verwijzing van de Hoge Raad naar de positie van banken binnen het (girale) betalingsverkeer, leek het toepassingsbereik van de gegeven uitzondering aanvankelijk beperkt tot de bancaire sfeer. Met het arrest Slijm/Brouwer is echter duidelijk geworden dat dit niet het geval is.

Brouwer Accomodaties⁴⁸ (hierna: Accomodaties) bevindt zich in financiële moeilijkheden. Een van haar schuldeisers is haar moeder Brouwer Holding (hierna: Holding). Om zowel de door Accomodaties geëxploiteerde onderneming te kunnen voortzetten als de vordering van Holding op Accomodaties voldaan te krijgen, draagt Accomodaties bepaalde goederen over aan Beheer- en Beleggingsmaatschappij Stukro (hierna: Stukro). Stukro betaalt de verschuldigde koopprijs vervolgens niet aan Accomodaties, maar met toestemming van Accomodaties aan Holding, die het geïnde verrekent met haar vordering op Accomodaties. Enige tijd later faillieert Accomodaties. De curator van Accomodaties gaat op grond van art. 47 Fw over tot vernietiging van de voldoening van de schuld van Accomodaties aan Holding.

Net als in de casus die ten grondslag ligt aan het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I is ook in dit geval van een rechtshandeling van de *schuldenaar* geen sprake. De schuld van Accomodaties aan Holding gaat teniet door de betaling van *Stukro* aan Holding (en de daarop volgende verrekening door Holding). Toch is art. 47 Fw volgens de Hoge Raad van toepassing. Hij oordeelt dat het onderhavige geval, waarin sprake is van 'een betaling van een aan de schuldenaar verschuldigde geldsom, met diens goedvinden niet aan hem maar aan een van zijn schuldeisers in mindering op het door hem aan die schuldeiser verschuldigde' kan worden beschouwd als een 'voldoening door de schuldenaar' als bedoeld in art. 47 Fw.

De in de arresten Loeffen q.q./Mees & Hope I en Slijm/Brouwer gegeven uitzonderingen zijn mijns inziens niet alleen van toepassing op art. 47 Fw, maar ook op art. 42 Fw.⁴⁹ Ik zie niet in waarom de voldoening van een opeisbare schuld wel, maar de voldoening van een niet opeisbare schuld niet onder het bereik van de faillissementspauliana zou vallen, wanneer voldoening heeft plaatsgevonden op dezelfde wijze als in de genoemde arresten. Hiertegen zou kunnen worden aangevoerd dat art. 42 Fw niet geschikt is om dergelijke voldoeningen te beoordelen, omdat deze bepaling (onder meer) wetenschap van benadeling aan de zijde van de *schuldenaar* vereist. Dit vereiste past niet goed bij een situatie waarin de schuldenaar

47 Zie r.o. 3.4.

48 In het arrest slechts met één 'm' geschreven.

49 Zo ook Faber 2005, nr. 302.

zelf geen rechtshandeling heeft verricht. Het zou een succesvol beroep op art. 42 Fw in bepaalde gevallen zelfs praktisch onmogelijk maken. De schuldenaar zal per slot van rekening niet steeds van het plaatsvinden van de voldoening op de hoogte zijn, laat staan weten dat zijn schuldeisers door de voldoening worden benadeeld. Mijns inziens mag het ontbreken van wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar in de bedoelde gevallen echter niet aan vernietiging op grond van art. 42 Fw in de weg staan. Voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana zou naar mijn mening zelfs in geen enkel geval vereist moeten zijn dat (ook) de schuldenaar een verwijt kan worden gemaakt. In het vervolg van dit onderzoek zal worden verdedigd dat dit, in afwijking van wat uit de parlementaire geschiedenis volgt, niet (meer) past bij de belangenafweging die binnen het leerstuk van de faillissementspauliana moet worden gemaakt.⁵⁰ Het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I, in het bijzonder de overweging dat geen doorslaggevende betekenis meer toekomt aan het feit dat de faillissementspauliana steeds uitgaat van een te kwader trouw handelen van de schuldenaar, geeft steun aan deze opvatting.

3.3. Door derden in eigen naam voor rekening van de schuldenaar verrichte rechtshandelingen

Wanneer een derde in eigen naam,⁵¹ maar voor rekening van de schuldenaar een rechtshandeling verricht, dan kan dit nadelige gevolgen hebben voor de verhaalspositie van de schuldeisers van de schuldenaar. Toch vallen dergelijke rechtshandelingen in beginsel niet onder het toepassingsbereik van de faillissementspauliana. Faber wil echter een uitzondering maken voor rechtshandelingen 'met betrekking tot een aan de schuldenaar toebehorend goed, in het bijzonder beschikkingshandelingen en rechtshandelingen die daarmee op één lijn kunnen worden gesteld'.⁵² Doorslaggevend acht hij dat de rechtsgevolgen van het handelen van de derde in een dergelijk geval rechtstreeks het aan de schuldenaar toebehorende goed treffen. Er zijn verschillende rechtsfiguren waarbij een derde bevoegd kan zijn om door het verrichten van een rechtshandeling in eigen naam over een goed van de schuldenaar te beschikken.⁵³ Het is echter niet mogelijk

50 Zie § 3.1, § 4.2.2.2 en § 4.3.4 van hoofdstuk 5, § 6.3.3 van hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7.

51 Rechtshandelingen die door een derde *namens* de schuldenaar zijn verricht gelden rechtens als rechtshandeling van de schuldenaar en vallen om die reden al onder het toepassingsbereik van de faillissementspauliana, zie Faber 2005, nr. 302.

52 Zie Faber 2005, nr. 302.

53 Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan bewind, vereffening, executiele, gemeenschap, vruchtgebruik, pand, hypotheek, lastgeving, kwaliteitsrekening, verhaalsbeslag en faillissement.

om alle in dit verband denkbare rechtshandelingen in dit onderzoek te bespreken. Evenmin is het mogelijk om in zijn algemeenheid aan te geven of en zo ja, onder welke voorwaarden, een beroep op de faillissementspauliana met betrekking tot die rechtshandelingen mogelijk zou moeten zijn. Ik volsta daarom met het bespreken van een aantal voorbeelden.

Een rechtshandeling van een derde die mijns inziens niet met de faillissementspauliana moet kunnen worden aangevochten is de executoriale verkoop (en levering) van een goed van de schuldenaar door een beslaglegger of zekerheidsgerechtigde. Stel bijvoorbeeld dat een executoriale verkoop tot benadeling heeft geleid, omdat uit de executieopbrengst slechts één concurrente schuldeiser is voldaan. Van de koper kan dan niet worden gezegd dat hij onoorbaar heeft gehandeld ten opzichte van de overige schuldeisers, ongeacht of hij wetenschap van deze benadeling had. Een dergelijke benadeling is immers min of meer inherent aan een executoriale verkoop.⁵⁴ Op de vraag of de *voldoening* die het gevolg is van de verdeling van de executieopbrengst kan worden aangevochten zal hierna in § 3.4 afzonderlijk worden ingaan.

Een rechtshandeling waarmee de curator als 'derde' over goederen van de schuldenaar beschikt,⁵⁵ kan niet door individuele schuldeisers worden aangevochten. De faillissementspauliana mist toepassing door het bepaalde in art. 49 lid 1 Fw. Een beroep op de actio Pauliana van art. 3:45 e.v. BW is evenmin mogelijk. Dit geldt niet alleen voor faillissementsschuldeisers,⁵⁶ maar ook voor boedelschuldeisers.⁵⁷ 'Wetenschap van benadeling' is mijns inziens als norm niet geschikt om de toelaatbaarheid van het gedrag van degene met of jegens wie de curator handelde te beoordelen. Zo staat het een schuldeiser in beginsel vrij om op grond van zijn sterke marktpositie verdere leveranties tijdens het faillissement op te schorten teneinde van de curator zijn vóór het faillissement ontstane vorderingen betaald te krijgen.⁵⁸ Dit geldt zelfs als hij wist of behoorde te weten dat de overige schuldeisers hierdoor zouden worden benadeeld. Gaat de curator – die

54 Dit laat overigens onverlet dat de executant rekening moet houden met het belang dat de schuldenaar en zijn medeschuldeisers hebben bij een zo hoog mogelijke executieopbrengst, vgl. Hof Arnhem 1 maart 2011, JOR 2011/203, nt. Loesberg.

55 De curator handelt dan in eigen naam. Hij handelt niet namens de schuldenaar, zie Kortmann en Faber 1996-II, p. 144.

56 Zie HR 12 april 1985, NJ 1986, 808, nt. WHH (*Ontvanger/NMB*); HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 450, nt. JBMV (*Kuijpers q.q./Ontvanger*) en HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, nt. WMK (*Sigmacon II*).

57 Anders Faber 2005, nr. 293 (faillissement) en nr. 296 (surseance van betaling).

58 Zie HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640, nt. CJHB (*Veluwe Nutsbedrijven*) en HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896; JOR 1999/17, nt. SCJJK (*Van der Hel q.q./Edon*).

hiertoe niet is verplicht – tot betaling over, dan zou deze betaling dus niet op grond van art. 3:45 BW moeten kunnen worden vernietigd. Degene met of jegens wie de curator binnen de grenzen van zijn bevoegdheid handelt moet in beginsel op de geldigheid van de verrichte rechtshandelingen kunnen vertrouwen.

Een beroep op de faillissementspauliana zou mijns inziens wel mogelijk moeten zijn in het geval een lasthebber (binnen de grenzen van zijn bevoegdheid) in eigen naam een aan de schuldenaar toebehorend goed verkoopt en levert.⁵⁹ Net als in de andere hiervoor besproken voorbeelden raken de rechtsgevolgen van de door de derde verrichte rechtshandeling hier rechtstreeks het aan de schuldenaar toebehorende goed. Door de verkoop en levering verdwijnt het goed uit het vermogen van de schuldenaar. Is het goed niet voor een reële prijs verkocht en wist de koper dat de schuldeisers van de schuldenaar hierdoor zouden worden benadeeld, dan kan behoefte bestaan aan een mogelijkheid om de door de lasthebber en de koper gesloten koopovereenkomst met de faillissementspauliana aan te vechten. Hoewel er in het onderhavige geval ook sprake is van een door de *schuldenaar* verrichte rechtshandeling – de lastgevingsovereenkomst met de daarin opgenomen vervreemdingsbevoegdheid – is vernietiging van deze rechtshandeling niet steeds mogelijk. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als deze geruime tijd vóór de verkoop en levering is verricht. Door vernietiging van de koopovereenkomst of leveringshandeling kan de benadeling van schuldeisers dan toch ongedaan worden gemaakt

3.4. Voldoening door tenuitvoerlegging van een executoriale titel

Wanneer een opeisbare schuld van de schuldenaar wordt voldaan doordat ten laste van hem een executoriale titel ten uitvoer wordt gelegd, dan is van een rechtshandeling van de *schuldenaar* geen sprake. De leer waarin de executant handelt als onmiddellijk vertegenwoordiger van de geëxecuteerde,⁶⁰ is al geruime tijd verlaten.⁶¹ Dat niet is voldaan aan het vereiste dat de aangevochten rechtshandeling door de schuldenaar is verricht, heeft

59 De mogelijkheid om een derde 'contractueel' beschikkingsbevoegd te maken is erkend in HR 14 januari 2011, NJ 2012, 88, nt. Verstijlen; JOR 2012/34, nt. Schuijling (*Mesdag*). Groefsema 1993, p. 22-24 spreekt in dit verband over een 'machtiging'. Deze machtiging moet worden onderscheiden van de volmacht. Handelt de lasthebber krachtens volmacht dan worden de voor overdracht vereiste rechtshandelingen rechsens door de *schuldenaar* verricht.

60 Zie bijvoorbeeld Eggens 1927, p. 245.

61 Vgl. HR 24 januari 1964, NJ 1964, 450, nt. JHB (*Kindt/Viruly*) en HR 25 januari 1977, NJ 1977, 362, nt. WMK (*Hoge Valksedijk*).

volgens bepaalde auteurs tot gevolg dat de faillissementspauliana toepassing mist.⁶² Gelet op de bereidwilligheid van de Hoge Raad om in bepaalde gevallen een uitzondering op dit vereiste toe te staan,⁶³ lijkt mij dit argument op zich niet voldoende overtuigend.

In deze paragraaf wordt onderzocht of de voldoening van een opeisbare schuld, die plaatsvindt doordat ten laste van de schuldenaar een executoriale titel ten uitvoer wordt gelegd, onder het bereik van de faillissementspauliana zou moeten vallen. De eerste vraag die daarbij rijst is of het een handeling betreft waartegen de overige schuldeisers al in voldoende mate beschermd worden. De tenuitvoerlegging van een executoriale titel vindt immers steeds plaats met toepassing van de voorschriften die daarvoor op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gelden, waarvan een aantal in het bijzonder zijn geschreven met het oog op de belangen van de medeschuldeisers van de tenuitvoerleggende schuldeiser(s).⁶⁴ Betoogd kan worden dat de afweging die de wetgever heeft moeten maken tussen het belang van de tenuitvoerleggende schuldeiser(s) en het belang van de overige schuldeisers al volledig in die voorschriften terugkomt. Aan toepasselijkheid van andere instrumenten ter bescherming van schuldeisers – zoals de onrechtmatige daad en de faillissementspauliana – zou dan geen behoefte bestaan. Verstijlen lijkt zich bij een dergelijke zienswijze niet aan te sluiten.⁶⁵ Het verkrijgen van een betaling als gevolg van de tenuitvoerlegging van een executoriale titel kan volgens hem onder omstandigheden een ongeoorloofde gedraging opleveren. Tot een vergelijkbaar oordeel lijkt ook de Rechtbank Amsterdam te komen in haar vonnis inzake Willemse q.q./Ontvanger:⁶⁶

"In voorkomende gevallen staan de overige schuldeisers, ingeval hun belangen door het beslag en/of de executie (dreigen) te worden geschaad, daarnaast [naast de voorschriften uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: RjvdW] mogelijk middelen ontleend aan het gemene civiele recht ten dienste. Zo kunnen zij onder omstandigheden bij voorbeeld een beroep doen op misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) of op onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Voorts is de Ontvanger gebonden aan de in de Leidraad Invordering 1990 neergelegde beleidsregels. (...) Voor wat in-

62 Zie Faber 2005, nr. 302 en Rijckenberg 2009, p. 515-516. Wellicht ook Zondervan 2004, p. 162.

63 Zie § 3.2 van dit hoofdstuk.

64 Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan art. 457 lid 1 Rv, art. 463 Rv, art. 466 Rv en art. 505 Rv.

65 Zie Verstijlen 1999, p. 307-308. Verstijlen wijst er onder meer op dat sommige schuldeisers, waaronder de fiscus, zonder veel moeite een executoriale titel kunnen krijgen. Gedacht kan ook worden aan het geval waarin partijen de vordering in een notariële akte hebben opgenomen.

66 Rb. Amsterdam 5 februari 2003, JOR 2003/124.

middels voltooide tenuitvoerleggingen, als de onderhavige, betreft, is naar het oordeel van de rechtbank niet verenigbaar met het wettelijk stelsel dat de curator, ten behoeve van de gezamenlijke (overige) schuldeisers, met een beroep op de bepalingen van de Faillissementswet (artikel 47 Fw daaronder begrepen), alsnog beslag- of executiehandelingen zou kunnen aantasten *die de toets van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het gemene civiele recht en de Leidraad Invordering 1990 (hebben) kunnen doorstaan* [cursivering: R]vdW].⁶⁷

Een voldoening die heeft plaatsgevonden door tenuitvoerlegging van een executoriale titel kan volgens de rechtbank onder omstandigheden onrechtmatig zijn. Is van een onrechtmatig handelen echter geen sprake, dan is een succesvol beroep op de faillissementspauliana evenmin mogelijk.⁶⁸ Is men met Verstijlen en de Rechtbank Amsterdam van mening dat een voldoening door tenuitvoerlegging van een executoriale titel onder omstandigheden onrechtmatig c.q. paulianeus kan zijn, dan rijst de vraag aan de hand van welke norm dit moet worden beoordeeld. Voor wat de faillissementspauliana betreft, komt mijns inziens slechts de norm van art. 47 Fw in aanmerking. De norm van art. 42 Fw is ongeschikt, omdat deze onvoldoende recht doet aan het belang van de schuldeiser van een opeisbare vordering om voor zijn eigen belang op te komen en zo nodig tijdig een executoriale titel te bemachtigen en ten uitvoer te leggen. Dit belang is door de wetgever bij het vaststellen van de norm van art. 47 Fw wel meegewogen.⁶⁹ Dit artikel zou bij uitstek moeten bepalen onder welke omstandigheden het belang van 'de waakzame schuldeiser' moet prevaleren boven, dan wel moet wijken voor, het belang van zijn medeschuldeisers.

Indien men de voldoening door tenuitvoerlegging van een executoriale titel aan art. 47 Fw wil toetsen, moet een moment worden aangewezen waarop deze voor toepassing van de faillissementspauliana met een 'voldoening door de schuldenaar' gelijk te stellen handeling geacht moet worden te zijn verricht. Dit is in het bijzonder van belang om vast te kunnen stellen of de schuldeiser wiens vordering wordt voldaan op dat moment wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was. Omdat bij een voldoening door tenuitvoerlegging van een executoriale titel verschillende handelingen kunnen worden onderscheiden, is het niet een-

67 Zie r.o. 5.2.

68 Dit oordeel past in de rechtspraak van de Hoge Raad waaruit volgt dat wanneer tegen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zowel een beroep op de faillissementspauliana wordt gedaan, als een vordering uit onrechtmatige daad wordt ingesteld, het lot van de ene vordering in beginsel dat van de andere zal delen, zie HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, nt. WMK (*Sigmacon II*); HR 30 mei 1997, NJ 1997, 663, nt. Ma; JOR 1997/111, nt. JJvH (*Van Essen q.q./Aalbrecht*) en HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, nt. PvS; JOR 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*).

69 Zie § 5.3.3 van hoofdstuk 2.

voudig om het 'beslissende moment' te bepalen. Is dit bijvoorbeeld het moment waarop de schuldeiser zijn poging om een executoriale titel te verkrijgen aanvangt? Betoogd zal wellicht worden dat op die manier wordt voorkomen dat een schuldeiser die 'te goeder trouw' de veelal lange weg van het verkrijgen van een executoriale titel aanvangt, achteraf toch het deksel op de neus krijgt, wanneer hij nog vóór de uiteindelijke voldoening op de hoogte raakt van de faillissementsaanvraag. Dit betoog gaat echter niet op. De verhaalsactie van een schuldeiser die 'te goeder trouw' zijn poging om een executoriale titel te verkrijgen is aangevangen, kan dan nog steeds nadien worden gefrustreerd. Stel bijvoorbeeld dat de schuldenaar, nadat de desbetreffende schuldeiser op de hoogte is geraakt van de hangende faillissementsaanvraag, alsnog vrijwillig betaalt (of aanbiedt om dit te doen). Aanvaardt de schuldeiser de betaling, dan kan deze met een beroep op art. 47 Fw worden aangevochten. Weigert de schuldeiser (om die reden) de betaling, dan raakt hij in schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW), als gevolg waarvan hij niet meer bevoegd is de executie voort te zetten. Frieling is daarom van mening dat er geen goede reden bestaat om voor toepassing van art. 47 Fw een onderscheid te maken tussen vrijwillige voldoening en de voldoening die het gevolg is van de tenuitvoerlegging van een executoriale titel.⁷⁰ Voor zover hij hiermee slechts bedoelt dat ook de laatstgenoemde wijze van voldoening onder het bereik van art. 47 Fw moet vallen, sluit ik mij bij zijn opvatting aan.

Voor wat betreft het *moment* waarop de onderhavige wijze van voldoening geacht moet worden te hebben plaatsgevonden, moet naar mijn mening wel (in zekere zin) een onderscheid worden gemaakt met een vrijwillige voldoening. Anders dan voor een vrijwillige voldoening geldt, mag bij de voldoening die het gevolg is van de tenuitvoerlegging van een executoriale titel niet het moment waarop de prestatie door (of ten behoeve van) de schuldeiser is *ontvangen* beslissend worden geacht. Dit moment sluit niet goed aan bij de regels van het fixatiebeginsel die in dit verband gelden. Op grond van deze regels is voor de vraag of de gerechtelijke tenuitvoerlegging op het vermogen van de schuldenaar vóór faillissement is voltooid,⁷¹ het moment waarop het beslagen goed is geleverd, dan wel de beslagen vordering aan de gerechtsdeurwaarder is betaald, doorslaggevend.⁷² Dit is tevens het moment vanaf wanneer het beslagen goed geen deel meer uitmaakt van het vermogen van de schuldenaar en – zo is verdedigbaar –

70 Zie Frieling 2003, p. 272.

71 Zie art. 33 lid 1 Fw.

72 Zie HR 29 april 2011, NJ 2011, 372, nt. A.I.M. van Mierlo; JOR 2011/208, nt. J.J. van Hees (*Ontvanger/Eijking q.q.*).

het moment waarop de vordering van de schuldeiser *op de schuldenaar* tenietgaat. Dit moment zou ook voor toepassing van de faillissementspauliana beslissend moeten worden geacht.⁷³

4. VÓÓR FAILLISSEMENT VERRICHT

Met de faillissementspauliana kan in beginsel slechts worden opgekomen tegen rechtshandelingen die de schuldenaar *vóór* zijn faillissement heeft verricht.⁷⁴ Rechtshandelingen die de schuldenaar *tijdens* zijn faillissement verricht kunnen door het in art. 23 en 24 Fw bepaalde in beginsel niet tot benadeling van de relevante schuldeisers leiden.⁷⁵ Aan bescherming tegen deze rechtshandelingen lijkt dan ook geen behoefte te bestaan. Dit is mogelijk anders indien degene met of jegens wie de schuldenaar handelde tegen zijn onbekendheid met het faillissement van de schuldenaar wordt beschermd. Een tijdens het faillissement verrichte rechtshandeling kan in dat geval wel degelijk tot benadeling van schuldeisers leiden. Aannemelijk is dat een dergelijke rechtshandeling dan met de faillissementspauliana kan worden aangevochten.

Stel bijvoorbeeld dat de schuldenaar enige tijd *vóór* zijn faillissement een aan hem toebehorende roerende zaak heeft verkocht, de door de koper verschuldigde koopprijs meteen heeft ontvangen, maar pas *tijdens* faillissement overgaat tot levering van de zaak aan de koper. De koper zal op grond van art. 3:86 lid 1 BW worden beschermd, indien hij aantoonst dat hij ten tijde van de levering te goeder trouw was (niet wist of behoorde te weten dat de schuldenaar beschikkingsonbevoegd was). Voor dit laatste is in ieder geval vereist dat de levering heeft plaatsgevonden voordat het uittreksel van het vonnis tot faillietverklaring in de Staatscourant is geplaatst (vgl. art. 14 lid 3 Fw). Op grond van art. 35 lid 3 Fw wordt de koper vanaf dit moment geacht de beschikkingsonbevoegdheid van de schuldenaar te hebben gekend. Kan de koper zich met succes op art. 3:86 lid 1 BW beroepen, dan leidt dit tot een doorbreking van de tussen schuldeisers bestaande rangorde. De koper hoeft zijn vordering tot levering niet meer (met inachtneming van art. 133 Fw) ter verificatie in te dienen, maar heeft deze ten nadele van de overige schuldeisers uit de faillissementsboedel voldaan gekregen. Ondanks dat de levering in het gegeven voorbeeld pas

73 Vgl. Frieling 2004-I, p. 165.

74 Voor de vraag of de rechtshandeling *vóór* het faillissement is verricht is in beginsel doorslaggevend of deze *vóór* de aanvang van de dag waarop het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken is voltooid, zie Faber 2005, nr. 295.

75 Dit zijn de faillissements- en boedelschuldeisers, zie § 4.1 van hoofdstuk 4.

tijdens het faillissement van de schuldenaar heeft plaatsgevonden, zou deze mijns inziens met de faillissementspauliana moeten kunnen worden aangevochten. Hierbij zij opgemerkt dat het feit dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde 'te goeder trouw' was als bedoeld in art. 3:86 lid 1 BW niet betekent dat aan de vereisten voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana niet kan zijn voldaan. Goed denkbaar is dat hij ten tijde van de levering niet wist of behoorde te weten dat het faillissement was uitgesproken, maar wel wist dat het faillissement reeds was aangevraagd zoals bedoeld in art. 47 Fw.

5. CONCLUSIE

In beginsel kunnen slechts (i) rechtshandelingen die (ii) door de schuldenaar (iii) vóór zijn faillissement zijn verricht met de faillissementspauliana worden aangevochten. In dit hoofdstuk is onderzocht welke uitzonderingen op deze deelvereisten mogelijk (zouden moeten) zijn. Gelet op de omvang van het onderzoek zijn niet alle denkbare uitzonderingssituaties besproken. Bij de situaties die wel besproken zijn hebben steeds verschillende argumenten een rol gespeeld. Het is om die redenen niet mogelijk om 'harde regels' te geven aan de hand waarvan zou moeten worden beoordeeld of een uitzondering op de genoemde deelvereisten is toegestaan. Wel kan worden aangegeven met welke factoren in ieder geval rekening zal moeten worden gehouden. Zo zal moeten worden gezien of er andere wettelijke regelingen op de 'rechtshandeling' van toepassing zijn waarin de verhaalsbelangen van schuldeisers reeds in voldoende mate worden beschermd. Is dit het geval, dan bestaat aan toepasselijkheid van de faillissementspauliana mogelijk geen behoefte. Daarnaast moet worden gekeken of de 'rechtshandeling' in het toetsingsmodel van de faillissementspauliana kan worden ingepast. Hiertoe zal de 'rechtshandeling' niet alleen moeten kunnen worden ondergebracht in de categorie onverplicht of verplicht, maar moet het ook mogelijk zijn een tijdstip aan te wijzen waarop deze heeft plaatsgevonden (of geacht moet worden te hebben plaatsgevonden). Dit laatste is van belang om vast te kunnen stellen of partijen op dat moment de voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana vereiste wetenschap hadden. Ook zal rekening moeten worden gehouden met de rechtsgevolgen die aan een succesvol beroep op de faillissementspauliana verbonden zijn. Een succesvol beroep op de faillissementspauliana moet er tenslotte toe leiden dat de benadeling van schuldeisers ongedaan wordt gemaakt. Het gevolg van 'vernietiging' moet daarom zijn dat de rechtsgevolgen van de onderzochte 'rechtshandeling' ten opzichte van de schuldeisers niet zijn ingetreden (vgl. art. 3:53 lid 1 BW) en/of hetgeen krachtens de

'rechtshandeling' is 'verkregen' aan de curator moet worden gerestitueerd (vgl. art. 51 lid 1 Fw).

HOOFDSTUK 4

BENADELING VAN SCHULDEISERS

1. INLEIDING

Het kernvereiste voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana is benadeling van schuldeisers. De eerste reden hiervoor is dat aan vernietiging van een rechtshandeling ten behoeve van schuldeisers geen behoefte bestaat als zij door deze rechtshandeling niet zijn benadeeld. Daarnaast is het door schuldeisers in een concreet geval geleden nadeel van belang bij de invulling van bepaalde subjectieve vereisten van art. 42 e.v. Fw. Zo geldt bij het vereiste 'wetenschap van benadeling' mijns inziens dat de wetenschap betrekking moet hebben op de feiten en omstandigheden die hebben meegebracht dat de aangevochten rechtshandeling tot benadeling heeft geleid.¹ De wetenschap dient met andere woorden het gevolg van de aangevochten rechtshandeling te betreffen: de benadeling van schuldeisers.

Het benadelingsvereiste heeft sinds de invoering van de huidige regeling van de faillissementspauliana aanleiding gegeven tot tal van vragen. Onduidelijk is bijvoorbeeld welke omstandigheden wel en welke omstandigheden niet moeten worden meegewogen bij het beantwoorden van de vraag of een rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Moet ook steeds rekening worden gehouden met voor- en nadelen die het gevolg zijn van *andere* rechtsfeiten dan de aangevochten rechtshandeling? De jurisprudentie van de Hoge Raad geeft op dit punt geen eenduidig beeld. Daarnaast is er nog steeds discussie over de vraag welke schuldeisers voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana moeten zijn benadeeld.² Zijn dit de (concurrente) faillissementsschuldeisers, of kan een beroep op de faillissementspauliana ook slagen als (uitsluitend) boedel-schuldeisers zijn benadeeld? De wetgever heeft op deze vraag geen antwoord gegeven. Art. 42, 43 en 45 Fw spreken slechts zeer algemeen over benadeling van 'de schuldeisers'. In de tekst van art. 47 Fw komt het bena-

1 Anders HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, nt. PvS; JOR 2011/19, nt. NEDF (ABN AMRO/*Van Dooren q.q. III*), waarover kritisch § 3.2 van hoofdstuk 5.

2 Zie bijvoorbeeld Ophof 1992, p. 18; Van Koppen 1998-I, p. 94-95; Faber 2005, nr. 304 en Wessels 2010, nr. 3080 e.v.

delingsvereiste zelfs in het geheel niet terug. Pas een kleine eeuw na de invoering van deze bepaling heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor een succesvol beroep op art. 47 Fw sprake moet zijn van benadeling van schuldeisers.³ Een andere vraag is of en zo ja, in welke gevallen, een beroep op de faillissementspauliana mogelijk is als schuldeisers zijn benadeeld doordat de totale omvang van de *faillissementsschulden* groter is dan het zonder de aangevochten rechtshandeling zou zijn geweest. De wetgever lijkt bij benadeling van schuldeisers immers vooral te hebben gedacht aan situaties waarin het *actief* van de schuldenaar kleiner is dan het zonder de aangevochten rechtshandeling zou zijn geweest.⁴ Op bovenstaande en andere vragen die betrekking hebben op het benadelingsvereiste zal in dit hoofdstuk worden ingegaan.

Niet iedere vorm van schuldeisersbenadeling valt onder het bereik van de faillissementspauliana. Er moet sprake zijn van benadeling in 'verhaalsmogelijkheden'. Wat dit meebrengt voor het toepassingsbereik van de faillissementspauliana wordt in § 2 besproken. Hierna zal in § 3 worden aangegeven welke typen benadeling in verhaalsmogelijkheden kunnen worden onderscheiden. Bij de in het vervolg van dit onderzoek te bespreken voorbeelden kan hierdoor beter worden aangegeven welke rechtshandeling tot welk nadeel heeft geleid. De vraag welke schuldeisers voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana moeten zijn benadeeld wordt in § 4 beantwoord. In § 5 wordt vervolgens een blik geworpen op de toets die volgens de Hoge Raad moet worden gehanteerd om vast te stellen of in een specifiek geval van benadeling sprake is. Het hoofdstuk wordt in § 6 afgesloten met een conclusie.

2. BENADELING IN VERHAALSMOGELIJKHEDEN

2.1. Geen verruimde pauliana

Uit art. 3:45 BW volgt dat een beroep op de actio Pauliana buiten faillissement slechts mogelijk is als een schuldeiser is benadeeld 'in zijn verhaalsmogelijkheden'. De wetgever heeft hiermee willen aangeven dat geen sprake is van een zogenaamde 'verruimde pauliana', waarmee niet alleen de verhaalspositie van de schuldeiser, maar ook zijn recht op nakoming van de primair met de schuldenaar overeengekomen prestatie wordt be-

3 Zie HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214, nt. PvS (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*).

4 Zie § 3.1 van hoofdstuk 2.

schermd.⁵ Stel bijvoorbeeld dat de schuldenaar een goed aan iemand verkoopt en vervolgens hetzelfde goed aan een ander verkoopt en levert. Is de tweede koper niet te goeder trouw, dan zou de eerste koper de tweede koopovereenkomst met een 'verruimde pauliana' kunnen vernietigen.⁶ Naar geldend recht bestaat deze vernietigingsmogelijkheid niet. Wel kan het handelen van de tweede koper met een vordering uit onrechtmatige daad worden bestreden. Hij kan onder omstandigheden worden veroordeeld om het door hem verkregen goed bij wijze van schadevergoeding aan de eerste koper over te dragen (vgl. art. 6:103 BW).⁷

Ook de faillissementspauliana biedt schuldeisers slechts bescherming tegen benadeling in hun verhaalsmogelijkheden. Anders dan geldt voor de actio Pauliana buiten faillissement, heeft de wetgever dit in de tekst van de regeling niet terug laten komen. Hij heeft dit niet nodig geacht 'nu een andere vorm van benadeling in faillissement niet goed denkbaar is'.⁸ Deze laatste opmerking van de wetgever is wellicht wat kort door de bocht.⁹ Als de verkoper in staat van faillissement verkeert, kan de eerste koper wel degelijk zijn benadeeld doordat de verkoper het goed vóór zijn faillissement aan een ander heeft verkocht en geleverd. Omdat het desbetreffende goed zich niet meer in de boedel bevindt, kan hij immers niet meer proberen om via de weg van art. 37 Fw alsnog levering door de curator aan hem te bewerkstelligen.

Ophof heeft opgemerkt dat er nog een andere verklaring mogelijk is voor het weglaten van de woorden 'in hun verhaalsmogelijkheden' in art. 42 e.v. Fw. Deze zijn volgens hem in de regeling van de faillissementspauliana niet bruikbaar, omdat de faillissementspauliana – anders dan de actio Pauliana buiten faillissement – niet de positie van *individuele* schuldeisers, maar die van de *gezamenlijke* schuldeisers zou beschermen:

"Art. 3:45 BW regelt de positie van iedere afzonderlijke schuldeiser. Deze moet in *zijn* verhaalsmogelijkheden benadeeld zijn. Dat is hij zowel wanneer er minder actief is waarop hij zich kan verhalen, als wanneer het actief aan andere schuldeisers tot zekerheid is verstrekt. De Faillissementswet ziet op de positie van de *gezamenlijke*

-
- 5 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 216-217. Dit gold ook al onder het oude recht, zie Rb. Maastricht 2 november 1933, NJ 1935, p. 158 en Rb. Middelburg 27 december 1950, NJ 1952, 270. Zie over de 'verruimde pauliana' Ankum 1962-II, p. 102 e.v. en Croes 1973, p. 303 e.v.
 - 6 Om zich vervolgens door middel van reële executie alsnog de eigendom te verschaffen, zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 216.
 - 7 Zie bijvoorbeeld HR 17 november 1967, NJ 1968, 42, nt. GJS (*Pos/Van den Bosch*).
 - 8 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 391.
 - 9 Anders Ophof 1992, p. 17 die deze opmerking van de wetgever juist acht.

schuldeisers. Deze zijn wel in hun verhaalsmogelijkheden benadeeld als iets het vermogen van de failliet heeft verlaten, doch niet als de failliet aan één van hen zekerheden had verschaft. Dan is daardoor wel de onderlinge rangorde van de crediteuren verstoord, maar niet de verhaalsmogelijkheid van de *gezamenlijke crediteuren* [cursivering: RJvdW]. Daarmee is het criterium 'verhaalsmogelijkheid' in de Faillissementswet niet bruikbaar."¹⁰

Het betoog van Ophof is moeilijk te volgen. Zie ik het goed, dan doelt hij met 'de gezamenlijke schuldeisers' op het *collectief* van schuldeisers, geabstraheerd van hun *individuele* posities. Dit verklaart waarom hij er bij een vermindering van het actief van de schuldenaar wel van uitgaat dat 'de gezamenlijke schuldeisers' zijn benadeeld, maar bij de vestiging van een zekerheidsrecht ten behoeve van een bepaalde schuldeiser niet. In het laatste geval is de verhaalspositie van het collectief *als zodanig* immers niet gewijzigd. Door de woorden 'in hun verhaalsmogelijkheden' weg te laten wordt volgens Ophof kennelijk bereikt dat ook de gevallen waarin slechts individuele schuldeisers zijn benadeeld – zonder dat tevens sprake is van benadeling van het collectief van schuldeisers als zodanig – onder het bereik van de faillissementspauliana vallen. Ik zie echter niet in hoe het weglaten van de desbetreffende woorden dit gevolg zou kunnen hebben. Het antwoord op de vraag of de vestiging van een zekerheidsrecht die leidt tot een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde, benadeling in de zin van de faillissementspauliana oplevert, is veeleer afhankelijk van wat men verstaat onder 'de schuldeisers' zoals bedoeld in art. 42 e.v. Fw. Beschouwt men 'de schuldeisers' met Ophof als een collectief met slechts een collectief belang, dan is in het gegeven voorbeeld van benadeling geen sprake. Het al dan niet weglaten van de woorden 'in hun verhaalsmogelijkheden' heeft in dit verband mijns inziens geen relevantie.

2.2. Geen specifieke schuldeisersbenadeling

Van benadeling in verhaalsmogelijkheden door een rechtshandeling van de schuldenaar is sprake als een schuldeiser een kleiner gedeelte van zijn vordering voldaan krijgt, dan zonder die rechtshandeling het geval zou zijn geweest.¹¹ In de literatuur met betrekking tot de zogeheten Peeters q.q./Gatzen-vordering wordt deze vorm van benadeling ook wel 'generieke schuldeisersbenadeling' genoemd.¹² Andere aanduidingen die voor dit

¹⁰ Zie Ophof 1992, p. 17.

¹¹ Vgl. HR 23 december 1949, NJ 1950, 262, nt. PhANH (Boendermaker/Schopman).

¹² Zie bijvoorbeeld Van Andel 2006, p. 34 e.v. Net als de faillissementspauliana beschermt de Peeters q.q./Gatzen-vordering schuldeisers tegen benadeling in hun verhaalsmogelijkheden, zie Verstijlen 1998, p. 55.

type benadeling worden gebruikt zijn 'benadeling van de gezamenlijke schuldeisers'¹³ en 'benadeling van de boedel'¹⁴.

Een derde die is benadeeld omdat hij een vordering op de schuldenaar heeft verkregen, terwijl de schuldenaar op dat moment door zijn slechte financiële positie geen verhaal biedt, wordt niet beschermd door de faillissementspauliana.¹⁵ Hoewel jegens de derde onder omstandigheden een norm zal zijn geschonden,¹⁶ strekt deze norm er niet toe schuldeisers te beschermen tegen een verslechtering van hun (bestaande) verhaalsmogelijkheden. De geschonden norm strekt er juist toe te voorkomen dat een derde wordt opgezadeld met een onverhaalbare vordering.¹⁷ Het betreft een geval van zogeheten 'specifieke schuldeisersbenadeling'.¹⁸ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat met betrekking tot dit type schuldeisersbenadeling in beginsel geen taak voor de curator van de schuldenaar is weggelegd.¹⁹ Dit houdt mijns inziens niet alleen verband met de aard van de geschonden norm, maar tevens met het feit dat de benadeling in een dergelijk geval niet door middel van reconstructie van de faillissementsboedel ongedaan kan worden gemaakt. Het laatste zal ik illustreren aan de hand van twee uit de lagere rechtspraak afkomstige voorbeelden.

Het eerste geval betreft een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch.²⁰ In de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt, deed zich een situatie voor waarin een succesvol beroep op de faillissementspauliana mijns inziens niet mogelijk is, omdat geen sprake is van benadeling in 'verhaalsmogelijkheden'.

Van Deursen is bestuurder van Brand Station (hierna: Brand). In het zicht van het faillissement van Brand gaat Van Deursen namens Brand over tot girale betaling van enkele schulden aan Operations. Deze betalingen worden tijdens het faillissement van Brand door de curator aangevochten met een beroep op art. 47 Fw. Bovendien stelt de curator Van Deursen aansprakelijk op grond van art. 6:162 BW wegens het

13 Zie bijvoorbeeld Verstijlen 1998, p. 54-55.

14 Zie bijvoorbeeld Wessels 2010, nr. 3089 en 3092.

15 Zie ook Van Koppen 1998-I, p. 30.

16 Vgl. HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, nt. Ma (*Beklamel*).

17 Zie Verstijlen 1998, p. 126.

18 Zie Van Andel 2006, p. 34.

19 Zie HR 16 september 2005, NJ 2006, 311, nt. PvS; JOR 2006/52, nt. SCJJK (*De Bont/Bannenbergh q.q.*) en HR 14 januari 2011, NJ 2011, 366, nt. Verstijlen; JOR 2011/343, nt. Biemans (*Butterman q.q./Rabobank*). Als (ook) de derde die een onverhaalbare vordering op de schuldenaar heeft verkregen in staat van faillissement verkeert, dan staat voor zijn curator wel een beroep op de faillissementspauliana open. Voor de schuldeisers van deze derde geldt namelijk wel dat zij zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Vgl. de casus die ten grondslag ligt aan het arrest HR 3 oktober 1980, NJ 1980, 643, nt. GJS (*Imperial/Waanders*).

20 Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2009, JOR 2010/210.

verrichten van de paulianeuze betalingen. De rechtbank wijst de vordering uit onrechtmatige daad tegen Van Deursen af en schorst de procedure tegen Operations op grond van art. 29 Fw (Operations verkeert in staat van faillissement). In hoger beroep is Operations wegens de schorsing geen partij meer. Van Deursen stelt in hoger beroep dat de curator niet-ontvankelijk is in zijn vordering uit onrechtmatige daad. De girale betalingen aan Operations vonden plaats ten laste van een ongesecureerde kredietruimte bij de bank, zodat het slechts de bank is die schade heeft geleden. De verhaalspositie van de overige schuldeisers is door de betalingen niet gewijzigd. De concurrente crediteur Operations is slechts vervangen door een andere concurrente crediteur (de bank), aldus Van Deursen.

Het hof volgt Van Deursen niet in zijn betoog. Het overweegt met een verwijzing naar de arresten Peeters q.q./Gatzen²¹ en Dekker q.q./Lutèce²² dat de curator in geval van 'benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden' bevoegd is voor de belangen van deze schuldeisers op te komen door het geldend maken van een vordering uit hoofde van art. 6:162 BW. In het onderhavige geval is deze benadeling volgens het hof gelegen in een doorbreking van de tussen schuldeisers bestaande rangorde. Door de betalingen is Operations mogelijk boven andere concurrente schuldeisers begunstigd 'en dan zijn de andere concurrente schuldeisers in vergelijking met Operations benadeeld', aldus het hof.

Anders dan het hof ben ik van mening dat er in het onderhavige geval geen sprake is van benadeling in verhaalsmogelijkheden (bestaande uit een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde). Het nadeel van de benadeelde schuldeiser – de bank – bestaat er niet in dat haar bestaande verhaalsmogelijkheden zijn verminderd, maar dat zij naast het reeds aanwezige debetsaldo een extra vordering op Brand heeft verkregen, terwijl Brand voor deze vordering onvoldoende verhaal bood. Voor de overige schuldeisers van Brand hebben de girale betalingen niet tot benadeling geleid.²³ Hun ene concurrente medeschuldeiser (Operations) is slechts vervangen door een andere concurrente medeschuldeiser (de bank). De curator had derhalve niet-ontvankelijk moeten worden verklaard met betrekking tot de vordering uit onrechtmatige daad jegens Van Deursen.

In het onderhavige geval heeft het hof zich niet hoeven uitspreken over het beroep op art. 47 Fw jegens Operations. De hiermee verband houdende vordering van de curator had mijns inziens geen kans van slagen. Het 'spe-

21 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, nt. BW (Peeters q.q./Gatzen).

22 HR 24 april 2009, NJ 2009, 416, nt. PvS; JOR 2010/22, nt. NEDF (Dekker q.q./Lutèce).

23 Als de betalingen niet hadden plaatsgevonden, hadden zij zich niet op de hierdoor onbenutte kredietruimte kunnen verhalen, zie HR 29 oktober 2004, NJ 2006, 203, nt. H.J. Snijders; JOR 2004/338, nt. A. van Hees (Van den Bergh/Van der Walle).

cifieke nadeel' van de bank leent zich niet om met de faillissementspauliana te worden bestreden. Dit wordt duidelijk wanneer men kijkt naar de rechtsgevolgen die vernietiging van de aangevochten betalingen in het onderhavige geval zou hebben gehad. Operations zou het ontvangen bedrag niet aan de bank, maar aan de curator van Brand hebben moeten afstaan (art. 51 lid 1 Fw). De vergroting van het boedelactief die dit tot gevolg zou hebben, leidt er voor de benadeelde bank toe dat slechts een (klein) gedeelte van haar nadeel ongedaan wordt gemaakt. Hoewel het uitkeringspercentage op de op Brand verkregen vordering wellicht iets zal stijgen, blijft deze voor het grootste gedeelte onverhaalbaar. De positie van de bank is daarmee niet teruggebracht tot die van vóór de normschending. Voor de niet benadeelde overige schuldeisers van Brand zou de vernietiging van de betalingen – en de vermeerdering van het boedelactief die dat tot gevolg heeft – daarentegen meebrengen, dat zij een groter gedeelte van hun vordering voldaan krijgen dan in het geval die betalingen nooit waren verricht. Een (groot) gedeelte van het door Operations gerestitueerde bedrag komt dan derhalve – ten onrechte – niet aan de bank, maar aan de overige schuldeisers van Brand ten goede.

Bedacht moet worden dat van benadeling in verhaalsmogelijkheden (bestaande uit een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde) *wel* sprake zou zijn geweest als de girale betalingen waren verricht ten laste van een *creditsaldo* of ten laste van een *gesecureerde kredietruimte*. In dat geval zouden de betalingen immers hebben geleid tot een vermindering van het door de schuldeisers van Brand te verdelen (vrije) actief. Niet de bank, maar een of meer van de overige schuldeisers van Brand zouden dan zijn benadeeld. Het nadeel van die schuldeisers zou er dan in bestaan dat zij een kleiner gedeelte van hun vordering voldaan krijgen dan zonder de betalingen aan Operations het geval zou zijn geweest. Anders dan in het geval waarin sprake is van 'specifieke benadeling' van de bank, kan de 'generieke benadeling' van die schuldeisers dan wel worden weggenomen door een succesvol beroep op de faillissementspauliana (of een vordering uit onrechtmatige daad door de curator).

Voorafgaand aan het faillissement van Ogem heeft zich een geval voorgedaan dat tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met de casus die ten grondslag ligt aan het hiervoor besproken arrest van het Hof 's-Hertogenbosch.²⁴

Kort voordat aan Ogem surseance van betaling wordt verleend, komen Ogem en de Nederlandsche Credietverzekering Maatschappij (hierna: NCM) overeen dat NCM

24 De feiten heb ik ontleend aan Ophof 1992, p. 20 e.v. en Hoff 1995, p. 15 e.v.

tegen betaling van f 1.500.000 zal afzien van de uitvoering van rechten die zij jegens bepaalde groepsvennootschappen van Ogem heeft. Ogem betaalt dit bedrag aan NCM waardoor de debetstand op de rekening van Ogem bij AMRO Bank verder toeneemt. Na de faillietverklaring van Ogem beroepen de curatoren zich met betrekking tot de door Ogem aan NCM gedane betaling op de faillissementspauliana. De benadeling van de schuldeisers van Ogem is er volgens de curatoren in gelegen dat als gevolg van de betaling aan NCM de schulden van Ogem met f 1.500.000 zijn toegenomen (zijnde de toename van het debetsaldo van Ogem bij AMRO Bank). NCM verweert zich met de stelling dat van benadeling van schuldeisers geen sprake is. De AMRO Bank heeft voor het gedeelte waarmee het debetsaldo is genomen geen zekerheden waarop zij zich kan verhalen. Het aan NCM betaalde bedrag zou volgens NCM daarom nooit als concreet uitwinbaar actief ter beschikking van de schuldeisers van Ogem hebben gestaan. Zou NCM het ontvangen bedrag desalniettemin aan de curator moeten afstaan, dan zou de curator 'dusdoende in het de schuldeisers tot verhaal dienende vermogen van de failliet niet een bate terugbrengen die daaruit in het zicht van het naderend faillissement onoirbaar is verdwenen, maar aan dat vermogen een bate toevoegen die daarin niet thuis hoort',²⁵ aldus NCM.

Een belangrijk verschil met de hiervoor besproken casus is dat de bestreden betaling in het onderhavige geval tot gevolg heeft gehad dat de totale omvang van de verifieerbare vorderingen op de schuldenaar (per saldo) is *toegenomen*. Door de betaling van f 1.500.000 heeft Ogem er een schuld – aan AMRO Bank – bij gekregen, zonder dat er een schuld van haar teniet is gegaan. Anders dan in de casus die ten grondslag ligt aan het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch was er dus niet slechts sprake van een situatie waarin de ene concurrente schuldeiser door de betaling werd 'vervangen' door een andere. Het gevolg hiervan is dat mogelijk zowel sprake is van specifieke benadeling als van benadeling in verhaalsmogelijkheden. De schuldeiser die specifiek nadeel heeft geleden, is AMRO Bank; zij wordt met een (deels) onverhaalbare vordering van f 1.500.000 op Ogem belast. Indien en voor zover AMRO Bank met betrekking tot deze vordering batig is gerangschikt, heeft het ontstaan van deze vordering echter niet geleid tot specifieke schuldeisersbenadeling van AMRO Bank, maar tot een vermindering van de verhaalsmogelijkheden van een of meer van de overige schuldeisers van Ogem. Het boedelactief dat wordt aangewend om een bepaald percentage op de desbetreffende vordering van AMRO Bank uit te keren, kan niet meer onder hen worden verdeeld. Mijns inziens kan alleen de laatstbedoelde benadeling met de faillissementspauliana worden bestreden. De curator zou van NCM derhalve slechts een bedrag moeten kunnen terugvorderen dat overeenstemt met het batig gerangschikte gedeelte van de vordering van AMRO Bank.²⁶

25 Dit argument is te kennen uit HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214, nt. PvS (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*), r.o. 3.6.

26 Vgl. Hoff 1995, p. 17.

Zoals hiervoor al is aangegeven, wordt wel eens gesteld dat voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana sprake moet zijn van 'benadeling van de gezamenlijke schuldeisers' of van 'benadeling van de boedel'. Deze aanduidingen kunnen eenvoudig tot misvattingen leiden. 'Benadeling van de gezamenlijke schuldeisers' zou bijvoorbeeld de indruk kunnen wekken dat slechts de verhaalspositie van het collectief van schuldeisers *als zodanig* relevant is en derhalve geen rekening mag worden gehouden met de *individuele* posities van schuldeisers.²⁷ De vestiging van een pand- of hypotheekrecht door de schuldenaar ten behoeve van een van zijn schuldeisers zou dan niet tot benadeling in de zin van art. 42 e.v. Fw kunnen leiden. De verhaalspositie van het collectief van schuldeisers als zodanig wijzigt hierdoor namelijk niet. De aanduiding 'benadeling van de gezamenlijke schuldeisers' zou bovendien de indruk kunnen wekken dat voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana vereist is dat *alle* schuldeisers zijn benadeeld.²⁸ Zoals hierna nog wordt aangegeven,²⁹ is dit niet het geval. Zelfs wanneer de aangevochten rechtshandeling tot benadeling van slechts één schuldeiser heeft geleid, komt de faillissementspauliana voor toepassing in aanmerking. Ook dan kan immers sprake zijn van benadeling in verhaalsmogelijkheden.

Aan de aanduiding 'benadeling van de boedel' kleeft eveneens het risico dat dit zo wordt begrepen dat slechts naar de verhaalsmogelijkheden van het collectief van schuldeisers als zodanig moet worden gekeken en aan de verhaalspositie van de individuele schuldeisers geen betekenis toekomt.³⁰ Daarnaast zou uit deze aanduiding kunnen worden afgeleid dat benadeling door een toename van de totale omvang van de faillissements-schulden niet met de faillissementspauliana kan worden bestreden. Deze schulden behoren immers niet tot het passief van de boedel,³¹ waardoor

27 Zie in dit verband de niet geheel duidelijke opvatting van Ophof, waarover § 2.1 van dit hoofdstuk.

28 Zie ook Van Andel 2006, p. 37.

29 Zie § 4.1 van dit hoofdstuk.

30 Zie bijvoorbeeld A. van Hees, noot onder Rb. Arnhem 25 juni 2003, JOR 2003/218: "Meer voor de hand ligt om voor de benadelingseis uit te gaan van de toestand van de boedel. Wanneer de toestand van de boedel beter zou zijn geweest indien de gewraakte handeling niet was verricht, is aan het benadelingsvereiste voldaan. Deze betere toestand kan tot uitdrukking komen door een hoger actief of een lager passief. Bepalend is dan niet meer benadeling van de faillissementsschuldeisers, maar benadeling van de boedel." Zie ook Wessels 2010, nr. 3102: "Benadeling van de boedel wordt in beginsel vastgesteld onafhankelijk van de individuele posities van de schuldeisers".

31 Het actief van de boedel – het afgescheiden faillissementsvermogen van de schuldenaar – bestaat uit de in art. 20 Fw genoemde goederen. Het passief van de boedel be-

van 'benadeling van de boedel' strikt gezien geen sprake kan zijn. Omdat de aanduidingen 'benadeling van de gezamenlijke schuldeisers' en 'benadeling van de boedel' – bij mijn weten – alleen met betrekking tot faillissementssituaties worden gebruikt, kunnen deze bovendien de indruk wekken dat de faillissementspauliana op een ander type schuldeisersbenadeling ziet dan de actio Pauliana van art. 3:45 e.v. BW. Dit is niet het geval.³²

2.3. De faillissementsboedel als afgescheiden vermogen

De bevoegdheid om de faillissementspauliana in te roepen komt aan de curator toe in het kader van zijn taak de faillissementsboedel te beheren en te vereffenen. Heeft een rechtshandeling van de schuldenaar tot gevolg gehad dat zijn actief (per saldo) kleiner is dan zonder die rechtshandeling het geval zou zijn geweest, dan kan hiertegen dus slechts met de faillissementspauliana worden opgekomen wanneer het actief betreft dat tot de faillissementsboedel behoort dan wel zou moeten behoren. Met de faillissementspauliana kunnen geen rechtshandelingen worden aangevochten die betrekking hebben op goederen die op grond van art. 21 en 22a Fw niet in de faillissementsboedel vallen. Deze goederen behoren tot een van de faillissementsboedel afgescheiden vermogen,³³ waarop de bepalingen van de Faillissementswet – en dus ook die van de faillissementspauliana – niet van toepassing zijn.

Is door een rechtshandeling van de schuldenaar de totale omvang van de verifieerbare vorderingen toegenomen, zonder dat hier minstens een gelijke toename van het actief tegenover staat, dan kan dit tot benadeling van schuldeisers leiden. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een hoofdelijkheidsverklaring, een overeenkomst van borgtocht, of een overeenkomst waarbij de schuldenaar voor een te hoog bedrag een goed van een derde heeft gekocht. Wanneer de schuldenaar de verplichtingen die uit een dergelijke rechtshandeling zijn ontstaan ten tijde van zijn faillietverklaring nog niet is nagekomen, zal de relevante schuldeiser tot verificatie van zijn vordering kunnen overgaan. Is deze vordering batig gerangschikt, dan kan dit tot benadeling van schuldeisers leiden. Deze benadeling kan met de faillissementspauliana worden bestreden. Dat de wetgever bij benadeling van schuldeisers met name heeft gedacht aan situaties waarin het *actief*

staat uit *boedelschulden*. *Faillissementsschulden* behoren niet tot het passief van de boedel.

32 Anders kennelijk Ophof 1992, p. 17.

33 Zie Kortmann en Faber 1996-I, p. 131-132; Kortmann en Faber 1996-II, p. 145; Van Galen 1996, p. 415; Faber 1996, p. 202-204; Boekraad 1997, p. 35 e.v.; Verstijlen 1998, p. 42; Steneker 2005, p. 104-105 en Faber 2005, nr. 400.

van de schuldenaar kleiner is dan het zonder de aangevochten rechtshandeling zou zijn geweest,³⁴ kan niet tot een ander oordeel leiden.³⁵ Niet geheel zuiver is het derhalve om de faillissementspauliana een instrument 'ter reconstructie van de boedel' te noemen. Wanneer wordt opgekomen tegen een vermeerdering van de totale omvang van de verifieerbare vorderingen is van reconstructie van de *boedel* geen sprake. Deze vorderingen behoren immers niet tot (de passiefzijde van) de boedel.

Dat de faillissementspauliana ook ziet op benadeling door een toename van de totale omvang van de verifieerbare vorderingen volgt reeds uit art. 49 lid 2 Fw. Op grond van deze bepaling kunnen individuele schuldeisers vorderingen betwisten, waarvan zij menen dat deze in strijd met het bepaalde in art. 42-48 FW zijn verkregen.³⁶ Ook de curator is hiertoe bevoegd, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis:

""Niettemin" [in art. 49 lid 2 Fw; R]vdW] wijst op de tegenstelling tusschen *instelling* door den *curator* en *verdediging* met een beroep op deze artikelen, ook [cursivering: R]vdW] door de schuldeisers."³⁷

De mogelijkheid een door een schuldeiser op paulianeuze wijze verkregen vordering te betwisten, bestaat ongeacht of de rechtsovereenkomst van de curator om in rechte tot vernietiging over te gaan inmiddels is verjaard.³⁸

Met de faillissementspauliana kan niet worden opgekomen tegen rechtshandelingen die ertoe hebben geleid dat de totale omvang van de post-faillissementsvorderingen is vergroot. Deze vorderingen kunnen rechtstreeks noch door middel van verificatie op het actief van de faillissementsboedel worden verhaald, waardoor in het kader van de afwikkeling van het faillissement geen behoefte bestaat aan 'reconstructie' van deze aanspraken. Post-faillissementsvorderingen kunnen gedurende het faillissement slechts worden verhaald op het actief van de schuldenaar dat buiten het faillissement blijft. Nadat het faillissement is geëindigd kunnen deze vorderingen bovendien worden verhaald op een eventueel faillissementsoverschot.

34 Zie hierover § 3.1 van hoofdstuk 2.

35 Zo ook Ophof 1992, p. 16; Ankum 1993, p. 238 en Wessels 2010, nr. 3091. Vgl. ook Ankum 1962-II, p. 117; A. van Hees 1998, p. 7; Faber 2005, nr. 303; Van Dijck 2006, p. 41 en De Weijs 2010, p. 241.

36 Hiervoor is vereist dat zij hun *eigen* vordering reeds ter verificatie hebben ingediend, maar niet dat hun vordering ook door de curator is erkend, zie art. 119 lid 1 Fw.

37 Van der Feltz I, p. 455.

38 Vgl. art. 3:51 lid 3 BW. Zie over de verjaring van de mogelijkheid om in of buiten rechte een rechtshandeling op grond van de faillissementspauliana te vernietigen § 2.4 van hoofdstuk 6.

Door het eindigen van het faillissement is vanaf dat moment van een afgescheiden vermogen geen sprake meer.

3. TWEE TYPEN BENADELING

3.1. Algemeen

Hiervoor is aangegeven dat van benadeling in verhaalsmogelijkheden sprake is als een of meer schuldeisers door een rechtshandeling van de schuldenaar een kleiner gedeelte van hun vordering voldaan krijgen dan zonder die rechtshandeling het geval zou zijn geweest. In de literatuur worden met betrekking tot deze vorm van schuldeisersbenadeling doorgaans twee hoofdtypen onderscheiden.³⁹ Voor beide typen benadeling geldt dat zij zich slechts kunnen voordoen als de schuldenaar materieel insolvent is; zijn voor verhaal beschikbare goederen zouden bij een eventuele (executoriale) verkoop onvoldoende moeten opbrengen om na omslag van de faillissementskosten alle verifieerbare vorderingen integraal te kunnen voldoen.⁴⁰ Is dit niet het geval, dan zal elk van deze vorderingen volledig kunnen worden verhaald op de daarvoor tijdens faillissement beschikbare goederen, waardoor van benadeling van schuldeisers geen sprake kan zijn.⁴¹

Het eerste type benadeling dat kan worden onderscheiden, duid ik aan als 'vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar'. Met 'vermindering' wordt zowel bedoeld op de situatie waarin het eigen vermogen is afgenomen, als op de situatie waarin het eigen vermogen niet is toegenomen.⁴² Onder 'eigen vermogen' versta ik in dit verband het geheel aan activa van de schuldenaar minus zijn schulden c.q. vreemd vermogen.⁴³ Voor de vraag welke activa en welke schulden voor toepassing van de faillissementspauliana relevant zijn, verwijs ik naar § 2.3 van dit hoofdstuk. Kenmerkend voor rechtshandelingen die dit type benadeling veroorzaken, is

39 De hierna te onderscheiden typen benadeling vindt men ook – zij het soms op andere wijze aangeduid – terug bij Ophof 1992, p. 18; Hoff 1995, p. 12-17; Van Koppen 1998-I, p. 25; Faber 2005, nr. 303; Van Dijk 2006, p. 41; Wessels 2010, nr. 3092-3093 en De Weijs 2010, p. 8 en 12-25. Vgl. ook A-G Langemeijer, conclusie voor HR 17 november 2000, NJ 2001, 272, nt. PvS; JOR 2001/17 (*Bakker q.q./Katko*), onder 2.2.

40 Zie Star Busmann 1951, p. 229; Hasselton 1992, p. 55; Van Koppen 1998-I, p. 92-93 en Jol en Verhoeven 2010, p. 235.

41 Anders kennelijk Wibier 2003, p. 733.

42 Zie Van der Feltz I, p. 439.

43 Het gaat dus niet om het engere vermogensbegrip van art. 20 Fw, waarmee slechts het *actief* van de schuldenaar wordt bedoeld.

dat deze tot benadeling van de schuldenaar zelf zouden leiden, wanneer hij niet materieel insolvent zou zijn. Het standaardvoorbeeld van een rechtshandeling die dit type benadeling veroorzaakt, is een overeenkomst waarbij de schuldenaar een aan hem toebehorend goed beneden de waarde verkoopt. Door het sluiten van een dergelijke overeenkomst vermeerderd het vreemd vermogen van de schuldenaar – de vordering tot levering – zonder dat hier een gelijke vermeerdering van het actief – de vordering tot betaling van de koopsom – tegenover staat. Komen beide partijen de voor hen uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen na, dan verandert de omvang van het eigen vermogen van de schuldenaar hierdoor – ten opzichte van de situatie waarin de overeenkomst al wel was gesloten, maar nog niet was nagekomen – niet. De benadeling van schuldeisers is dan niet (meer) gelegen in een vermeerdering van het vreemd vermogen, zonder dat hier een gelijke vermeerdering van het actief tegenover staat, maar in een (per saldo) vermindering van het actief; het verkochte goed is uit het actief van de schuldenaar verdwenen terwijl de waarde van dat goed slechts gedeeltelijk door de ontvangen koopsom wordt vervangen.

Het tweede type benadeling dat kan worden onderscheiden, duid ik aan als 'verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde'. Van dit type benadeling is sprake als een bestaande schuldeiser zich ten koste van de overige schuldeisers aan de samenloop van schuldeisers onttrekt, dan wel binnen die samenloop een betere positie krijgt dan hij voorheen had. Het bekende bijvoorbeeld van dit type benadeling is de voldoening van of zekerheidstelling voor een bestaande schuld door de schuldenaar aan een van zijn schuldeisers. Bij dit type benadeling vermindert de omvang van het eigen vermogen van de schuldenaar niet; voor zover zijn actief afneemt, nemen zijn schulden in gelijke mate af. Rechtshandelingen die een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde hebben veroorzaakt, zouden wanneer van materiële insolventie geen sprake was geweest niet tot benadeling van de schuldenaar zelf hebben geleid.

Van Dijck onderscheidt met betrekking tot de faillissementspauliana nog een derde type benadeling, te weten 'verhaalsbemoeilijking'.⁴⁴ Hiervan is volgens hem sprake als een goed waarop de schuldeisers zich relatief eenvoudig kunnen verhalen is vervangen voor een goed waarop het moeilijker is om verhaal te nemen.⁴⁵ Hij verwijst in dit verband naar het met betrekking tot de actio Pauliana buiten faillissement gewezen arrest Impe-

44 Zie Van Dijck 2006, p. 42.

45 Zie met betrekking tot de actio Pauliana buiten faillissement Ankum 1962-II, p. 118-119.

rial/Waanders.⁴⁶ In de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt, had de schuldenaar zijn auto voor een reële prijs verkocht. De auto was aan de koper geleverd, maar de koper had de verschuldigde koopsom nog niet betaald. Van benadeling is dan in beginsel geen sprake, omdat voor de uit het vermogen van de schuldenaar verdwenen auto een vordering tot betaling van de koopsom in de plaats is gekomen. Desalniettemin kunnen 'bijkomende omstandigheden' ertoe leiden dat schuldeisers zijn benadeeld, aldus de Hoge Raad. Zo zal van benadeling sprake zijn als de koper 'voor de (...) verschuldigde koopsom geen of onvoldoende verhaal biedt, althans zodanig verhaal door de (...) transactie is bemoeilijkt.' Wat de Hoge Raad precies onder verhaalsbemoeilijking verstaat, wordt uit het arrest niet duidelijk. Gedacht kan wellicht worden aan situaties waarin verhaal op het in de plaats gekomen goed meer tijd en inspanning kost dan verhaal op het verdwenen goed. Zo geldt voor verhaal op een vordering dat onder omstandigheden een verklaringsprocedure moet worden gevoerd jegens de debiteur van de vordering.⁴⁷ Niet alle auteurs zijn echter van mening dat een beroep op art. 3:45 e.v. BW in een dergelijk geval mogelijk zou moeten zijn.⁴⁸ Wat hiervan ook zij, voor de *faillissementspauliana* lijkt aan verhaalsbemoeilijking als zelfstandig te onderscheiden type benadeling sowieso een geringe betekenis toe te komen. Het is immers de curator die de goederen van de schuldenaar tijdens faillissement te gelde maakt, waardoor van 'verhaalsbemoeilijking' van de schuldeisers niet snel sprake lijkt te kunnen zijn. Daarnaast kan de situatie uit het arrest *Imperial/Waanders* ook bij het eerste onderscheiden type benadeling worden ondergebracht; omdat de onverhaalbare vordering op de koper minder waard was dan de verkochte auto, is het eigen vermogen van de schuldenaar verminderd. Hetzelfde geldt als de schuldenaar voor een reële prijs een zaak heeft gekocht, die zich ten tijde van het faillissement in het buitenland bevindt. Is de verkoop van het goed door de curator hierdoor zodanig bemoeilijkt, dat het goed vanuit verhaalsperspectief redelijkerwijs niet meer kan worden geacht tot het vermogen van de schuldenaar te behoren, dan kan dit worden gezien als een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar. In het vervolg van dit onderzoek zal ik dan ook niet meer ingaan op verhaalsbemoeilijking als mogelijk zelfstandig te onderscheiden type benadeling.

46 HR 3 oktober 1980, NJ 1980, 643, nt. GJS (*Imperial/Waanders*).

47 Vgl. A-G Franx, conclusie voor HR 3 oktober 1980, NJ 1980, 643, nt. GJS (*Imperial/Waanders*), onder 2.

48 Zie P-G Noyon, conclusie voor HR 17 februari 1927, NJ 1927, p. 1031 e.v. (*Hanzebank/Van Elswijk*) en A-G Franx, conclusie voor HR 3 oktober 1980, NJ 1980, 643, nt. GJS (*Imperial/Waanders*), onder 2.

Hoewel een rechtshandeling in de meeste gevallen slechts tot ofwel een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar, dan wel een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde leidt, is een combinatie van beide typen benadeling ook mogelijk. Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer een goed waarop een schuldeiser een bijzonder voorrecht heeft, door de schuldenaar voor een te laag bedrag aan een derde wordt verkocht. Door de verkoop beneden de waarde is op de eerste plaats het eigen vermogen van de schuldenaar afgenomen. Daarnaast heeft een verstoring van de tussen schuldeisers geldende rangorde plaatsgevonden, doordat een preferente schuldeiser zijn voorrang is kwijtgeraakt. Een ander voorbeeld waarin beide typen benadeling zich kunnen voordoen, is de voldoening door de schuldenaar van een concurrente vordering van € 5.000 door inbetalinggeving van een goed ter waarde van € 10.000. Doordat het actief meer is afgenomen dan het vreemd vermogen is het eigen vermogen van de schuldenaar verminderd; omdat de voldane schuldeiser slechts concurrent is, zal in de regel bovendien de tussen schuldeisers bestaande rangorde zijn verstoord.

Door een onderscheid te maken tussen beide typen benadeling kan bij de in het vervolg van het onderzoek te bespreken casus beter worden aangegeven welke rechtshandeling tot welk nadeel heeft geleid en welke feiten en omstandigheden hierbij een rol hebben gespeeld. Dit is onder meer van belang bij het beantwoorden van de vraag wat de curator in een concreet geval dient te bewijzen met betrekking tot het vereiste 'wetenschap van benadeling'.⁴⁹ De wetenschap van partijen zou immers betrekking moeten hebben op het door schuldeisers geleden nadeel. Door het maken van het onderscheid kan ook beter worden aangegeven of de aangevochten rechtshandeling zelf tot benadeling van schuldeisers heeft geleid, of dat deze de benadeling slechts 'mogelijk heeft gemaakt'. In het laatste geval zouden mijn inziens strengere eisen aan vernietiging moeten worden gesteld.⁵⁰

Het onderscheid tussen beide typen benadeling is niet van belang voor de vraag aan welke norm het handelen van partijen moet worden getoetst. Evenmin is het onderscheid van belang om vast te stellen of art. 42 Fw, dan wel art. 47 Fw voor toepassing in aanmerking kan komen. Beide typen benadeling kunnen zowel door onverplicht als verplicht verrichte rechtshandelingen worden veroorzaakt en – dus – ook met een beroep op de voor die rechtshandelingen geschreven bepalingen worden bestreden. Voor wat betreft de vernietiging van onverplicht verrichte rechtshande-

49 Zie § 3.2.3 van hoofdstuk 5.

50 Zie § 3.2.4 van hoofdstuk 5.

lingen volgt dit uit art. 43 lid 1 Fw, waarin zowel een geval van vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar (zie onder 1°),⁵¹ als een geval van verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde (zie onder 2°)⁵² wordt genoemd. Voor verplicht verrichte rechtshandelingen geldt dat een beroep op de faillissementspauliana in de meeste gevallen zal zien op een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde.⁵³ Dit betekent mijns inziens echter niet dat een beroep op art. 47 Fw tot die vorm van benadeling is beperkt.⁵⁴

In § 3.2 en § 3.3 worden met betrekking tot beide typen benadeling enkele voorbeelden besproken. Omwille van de eenvoud gaat het veelal om situaties waarin de aangevochten rechtshandeling de benadeling zelf heeft veroorzaakt. Het doel van deze paragrafen is niet een uitputtende opsomming te geven van alle mogelijke gevallen waarin de onderscheiden typen van benadeling zich kunnen manifesteren. Ook worden in de gegeven voorbeelden niet alle omstandigheden besproken die in een concreet geval van belang kunnen zijn om vast te stellen of van benadeling sprake is. Het doel is slechts aan de hand van enkele (uit de jurisprudentie en literatuur bekende) voorbeelden het onderscheid tussen beide typen benadeling te verduidelijken en enkele handvatten te bieden met behulp waarvan de benadelingsvraag in een concreet geval kan worden beantwoord.

3.2. Vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar

Benadeling van schuldeisers door een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar kan zowel het gevolg zijn van een eenzijdige als een meerzijdige rechtshandeling.⁵⁵ In veruit de meeste gevallen betreft het echter een meerzijdige rechtshandeling, waarvan de belangrijkste de (wederkerige) overeenkomst is. Om met betrekking tot een overeenkomst vast te kunnen stellen of deze tot een vermindering van het eigen vermogen

51 "Overeenkomsten, waarbij de waarde der verbintenis aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die der verbintenis aan de andere zijde overtreft."

52 "Rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld."

53 Rechtshandelingen die tot een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar leiden, zijn in de regel onverplicht door hem verricht.

54 Anders Verstijlen 1994-I, p. 239; Van Koppen 1998-I, p. 155 en Van Koppen 2008, p. 321. In laatstgenoemde publicatie merkt Van Koppen op dat uit HR 18 januari 2008, NJ 2008, 335, nt. PvS; JOR 2008/83, nt. Spinath (*Slijm/Brouwer*) zou volgen dat met art. 47 Fw slechts kan worden opgekomen tegen een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde.

55 Een voorbeeld van een eenzijdige rechtshandeling die tot een vermindering van het eigen vermogen leidt, is de derelictie van een roerende zaak (vgl. art. 5:18 jo. 3:117 BW).

van de schuldenaar heeft geleid, moet worden gekeken naar de waarde van de voor partijen uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen. Is de waarde van de verbintenis(sen) aan de zijde van de schuldenaar gelijk aan die van de verbintenis(sen) van zijn wederpartij, dan zal van een vermindering van het eigen vermogen in beginsel geen sprake zijn. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een overeenkomst waarin de schuldenaar zich heeft verplicht een aan hem toebehorend goed voor een reële prijs aan een derde over te dragen. Het actief van de schuldenaar neemt door die overeenkomst toe met de waarde van de vordering op de koper. Het vreemd vermogen van de schuldenaar neemt toe met de schuld aan de koper (de verplichting tot levering). Het feit dat de overeenkomst in een dergelijk geval in beginsel *zelf* niet tot benadeling leidt, laat overigens onverlet dat de benadeling alsnog door een *andere* rechtshandeling kan worden veroorzaakt. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie waarin de schuldenaar de krachtens de overeenkomst ontvangen koopsom aanwendt om een concurrente schuldeiser te betalen. De benadeling bestaat dan uit een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde.

Met betrekking tot de verkoop door de schuldenaar van een aan hem toebehorend goed, rijst de vraag wat als maatstaf geldt om te bepalen of hij voor het goed een 'reële prijs' heeft bedongen. Is dit bijvoorbeeld de marktwaarde of wellicht de executiewaarde? Op deze vraag is geen eenduidig antwoord te geven. Van belang is onder meer wat met het goed was gebeurd als de aangevochten rechtshandeling niet zou hebben plaatsgevonden.⁵⁶ In veel gevallen zou het goed zich nog in de boedel hebben bevonden en de curator tot verkoop zijn overgegaan. Een dergelijke verkoop vindt in de regel niet onder marktcondities plaats, maar is veeleer vergelijkbaar met een executoriale verkoop. De (vermoedelijke) executiewaarde zal dan als maatstaf moeten dienen. Een voorbeeld hiervan kan worden gevonden in het arrest Bosselaar q.q./Interniber I.⁵⁷ De Hoge Raad overweegt:

"Van benadeling in de zin van art. 42 Fw is sprake wanneer de schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. (...) Het moge zo zijn dat als gevolg van de levering van de caravans aan Interniber de schuld van Montana aan de Rabobank is afgenomen met een bedrag dat niet lager is dan de *vermoedelijke executie-opbrengst* [cursivering: RJvdW] van de caravans, zodat het vermogen van Montana per saldo niet is verminderd, dit neemt echter niet weg dat zonder de door de curator gewraakte transactie de opbrengst van de caravans beschikbaar zou zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers."

56 Zie HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654; JOR 2001/269, nt. NEDF (*Diepstraten q.q./Gilhuis*).

57 HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526 (*Bosselaar q.q./Interniber I*).

Heeft de schuldenaar een aan hem toebehorend goed verkocht, dan is bij de benadelingsvraag onder meer relevant of het goed al dan niet bezwaard wordt overgedragen. Rust op het goed bijvoorbeeld een pand- of hypotheekrecht, dan kan dit aanzienlijke invloed uitoefenen op de waarde daarvan. Als de vordering waarvoor het goed tot zekerheid strekt hoger is dan de waarde die het goed in onbezwaarde toestand zou hebben, dan zal een derde doorgaans slechts bereid zijn om het goed 'om niet' over te nemen. Bij uitwinning door de zekerheidsgerechtigde komt hij wegens gebrek aan surplus namelijk met lage handen te staan. Voor de schuldeisers van de schuldenaar lijkt een overdracht 'om niet' dan niet nadelig. Als het goed niet door de schuldenaar, maar door de zekerheidsgerechtigde was overgedragen – in het kader een executoriale verkoop – dan hadden zij evenmin aanspraak kunnen maken op een deel van de opbrengst. De vraag is echter wat geldt als op enig moment na de overdracht vast komt te staan dat de zekerheidsgerechtigde niet tot uitwinning zal overgaan, omdat de vordering waarvoor het goed tot zekerheid strekt volledig door de schuldenaar is voldaan. Moet dan de conclusie worden getrokken dat achteraf gezien *wel* een koopprijs had moeten worden bedongen en de overeenkomst – wegens het ontbreken van een tegenprestatie – tot benadeling van schuldeisers heeft geleid? Ik zou deze vraag in beginsel bevestigend willen beantwoorden.⁵⁸ Uit het actief van de schuldenaar zijn zowel de om niet overgedragen goederen verdwenen, als de liquide middelen waaruit de vordering van de zekerheidsgerechtigde is voldaan. Daar tegenover staat dat uit het vreemd vermogen van de schuldenaar slechts de vordering van de zekerheidsgerechtigde is verdwenen. Per saldo leidt dit tot een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar.

Om te voorkomen dat een overeenkomst met een beroep op de faillissementspauliana wordt vernietigd, omdat voor de goederen die door de schuldenaar zijn overgedragen achteraf gezien een te lage prijs is betaald, kunnen partijen daarin een regeling opnemen die de koper verplicht om onder omstandigheden het verschil tussen de reële waarde en de overeengekomen koopprijs alsnog aan de schuldenaar te betalen.⁵⁹ Dit recht kan tijdens het faillissement van de schuldenaar door zijn curator worden uitgeoefend (vgl. art. 68 Fw). Met een dergelijke regeling kan overigens niet worden bereikt dat de overeenkomst volledig 'paulianabestendig' is. Benadeling van schuldeisers kan bijvoorbeeld intreden wanneer de schuldenaar het door hem ontvangen gedeelte van de koopsom heeft aangewend om een of meer concurrente schuldeisers te betalen.

58 Vgl. Spinath, noot onder HR 18 januari 2008, JOR 2008/83 (Slijm/Brouwer).

59 Vgl. Rb. Utrecht 24 augustus 2005, JOR 2006/134.

Verkoopt de schuldenaar een aan hem toebehorend goed voor een te laag bedrag aan een derde, dan leidt dit tot een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar. Voor de vraag of deze vermindering van het eigen vermogen ook tot benadeling van schuldeiser heeft geleid is onder meer van belang of de uit de koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen al (gedeeltelijk) door partijen zijn nagekomen. Heeft de schuldenaar het goed bijvoorbeeld nog niet geleverd, dan kan de overeenkomst slechts tot benadeling leiden als de koper voor zijn vordering – tot nakoming en/of (aanvullende) schadevergoeding – batig is gerangschikt, dan wel op een andere manier dan door middel van verificatie (gedeeltelijke) voldoening ten laste van het actief van de schuldenaar heeft kunnen bewerkstelligen.

3.3. Verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde

Benadeling door een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde kan zich voordoen als een bestaande schuldeiser zich in het zicht van faillissement aan de samenloop van schuldeisers onttrekt, of daarin een betere positie krijgt dan hij voorheen had. Wordt in het zicht van faillissement een vordering van een concurrente schuldeiser van de schuldenaar voldaan, dan zal dit vaak tot een dergelijke vorm van benadeling leiden. Dit is echter niet steeds het geval. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie waarin de voldoening niet ten laste van de schuldenaar, maar ten laste van een derde heeft plaatsgevonden. Hoewel de voldane schuldeiser zich (in zekere zin) aan de samenloop van schuldeisers heeft onttrokken, is van benadeling van de overige schuldeisers geen sprake. Van een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde is in de regel evenmin sprake, als de schuldenaar een schuld voldoet die tijdens zijn faillissement ook volledig zou zijn voldaan. Zo leidt de voldoening door de schuldenaar van een met een pandrecht gesecureerde vordering in beginsel slechts tot benadeling voor zover de pandhouder zijn vordering door uitwinning niet voldaan zou kunnen hebben gekregen.⁶⁰ Van een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde is in beginsel ook geen sprake als een met een pandrecht bezwaard goed door de schuldenaar bij wijze van inbetalinggeving wordt overgedragen aan de eerste pandhouder.⁶¹

Als de door de schuldenaar betaalde schuldeiser ten tijde van de betaling nog een schuld aan de schuldenaar had, ten aanzien waarvan hij zich bin-

60 Zie ook Van Eeghen 2006, p. 334.

61 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2008, JOR 2009/19, nt. NEDF.

nen de grenzen van art. (53 jo.) 54 Fw op verrekening had kunnen beroepen of de nakoming had kunnen opschorten, dan zal de betaling in de regel niet tot een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde hebben geleid. Van een 'voordringen' ten opzichte van de overige schuldeisers van de schuldenaar is in dat geval geen sprake.⁶² Zou de vordering van de schuldeiser niet zijn voldaan, dan had de schuldenaar of de curator ook niet met succes nakoming van de vordering op deze schuldeiser kunnen afdwingen. In dat opzicht is de positie van deze schuldeiser vergelijkbaar met die van een derde die niet in de samenloop van schuldeisers betrokken is. Hij loopt (nog) geen insolventierisico op de schuldenaar. Het voorgaande is onder meer van belang met betrekking tot leveranties door een derde aan de schuldenaar die plaatsvinden op een moment dat de derde op de hoogte is van een hangende faillissementsaanvraag. Vanwege het paulianarisico heeft het in een dergelijk geval de voorkeur dat de schuldenaar zijn verplichtingen uit de overeenkomst uiterlijk nakomt op het moment waarop zijn wederpartij presteert. Van een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde zal dan in de regel geen sprake zijn.⁶³ Voor het beantwoorden van de vraag of de voldoening van een schuld tot een doorbreking van de tussen schuldeisers bestaande rangorde heeft geleid is niet doorslaggevend of de door de schuldenaar in dit verband bedongen *wederprestatie* ten tijde van de voldoening door de schuldenaar nog in het vermogen van de schuldenaar aanwezig is.⁶⁴ Ook als dit het geval is, kan van een 'voordringen' van de desbetreffende schuldeiser wel degelijk sprake zijn.

Een overeenkomst waarin de schuldenaar (extra) krediet of kredietruimte krijgt en zich verplicht om hiervoor zekerheden te vestigen leidt in beginsel *zelf* niet tot een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde. De kredietgever heeft zich door het sluiten van de overeenkomst met de schuldenaar niet aan de samenloop van schuldeisers onttrokken. Evenmin heeft hij binnen de samenloop een betere positie verworven dan hij voorheen had. Hij is immers een *nieuwe* crediteur die vóór het sluiten van de desbetreffende overeenkomst nog niet in de samenloop van schuldeisers betrokken was. Een dergelijke overeenkomst leidt in beginsel ook niet zelf tot een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar. De overeenkomst verplicht slechts tot het terugbetalen van hetgeen de schul-

62 Hetzelfde geldt als de voldane schuldeiser zich met succes op een eigendomsvoorbehoud of het recht van reclame had kunnen beroepen. In dat geval leidt de voldoening van diens vordering mogelijk niet tot een 'voordringen' ten opzichte van zijn medeschuldeisers.

63 (Kennelijk) anders De Weijs 2008, p. 248.

64 Zie anders De Weijs 2008, p. 255 en De Weijs 2010, p. 304.

denaar van zijn financier heeft geleend (afgezien van rente, kosten, etc.). De omstandigheid dat tot zekerheid van terugbetaling pand- of hypotheekrechten zijn bedongen doet hieraan niets af.⁶⁵ Dat de kredietovereenkomst in beginsel *zelf* geen benadeling tot gevolg heeft,⁶⁶ laat onverlet dat de betalingen die ten laste van het krediet worden gedaan wel tot benadeling kunnen leiden. Niet uit het oog mag worden verloren dat dit nadeel niet het rechtstreekse gevolg is van de overeenkomst, maar van de betalingen.⁶⁷

Nadat een overeenkomst tot het verschaffen van (additioneel) krediet tegen zekerheid is gesloten, wordt met het daadwerkelijk vestigen van de zekerheidsrechten niet zelden nog enige tijd gewacht. Hierdoor zal de later verrichte *vestigingshandeling* tot benadeling van schuldeisers kunnen leiden (namelijk een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde). Door het vestigen van het zekerheidsrecht wordt een *bestaande* concurrente schuldeiser (de kredietgever) in een betere positie gebracht dan die hij daarvoor had.

4. BENADELING VAN WELKE SCHULDEISERS?

4.1. Een of meer faillissements- of boedelschuldeisers

Het antwoord op de vraag welke schuldeisers door een nadelige rechtshandeling zijn getroffen is mede afhankelijk van de toestand van de faillissementsboedel op het moment waarop de benadeling wordt vastgesteld. Is op dat moment bijvoorbeeld sprake van een negatieve boedel, dan zullen in de regel in ieder geval één of meer boedelschuldeisers zijn benadeeld. Door Van Koppen en Wessels is betoogd dat een beroep op de

65 Dit geldt ook indien voor het krediet in verhouding teveel zekerheid is bedongen. Ook dan zal de overeenkomst die hiertoe verplichtte niet tot een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar leiden. Anders kennelijk Abendroth, noot onder Hof Arnhem 23 juli 2002 en 16 december 2003, *JOR* 2004/85, die van mening is dat een dergelijk geval voor toepassing van art. 43 lid 1 onder 1° Fw in aanmerking komt.

66 Zie Beekhuis 1959-II, p. 65; Bakkerus 2000, p. 169 en Verdaas 2006-I, p. 34. Zie ook Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 224. Anders HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 273, nt. PvS; *JOR* 2011/19, nt. NEDF (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*). Ook anders Wibier 2003, p. 731; Abendroth, noot onder Hof Arnhem 23 juli 2002 en 16 december 2003, *JOR* 2004/85; Van Koppen 2006, p. 37 en Van Eeghen 2006, p. 331.

67 Op het belang hiervan wordt in § 3.2.4 van hoofdstuk 5 nader ingegaan.

faillissementspauliana in een dergelijk geval niet mogelijk is.⁶⁸ In deze benadering verliest de faillissementspauliana een groot deel van haar toepassingsbereik.

Dat met art. 42 e.v. Fw slechts zou kunnen worden opgekomen tegen benadeling van *faillissementsschuldeisers*, volgt volgens Wessels uit de aard van de faillissementspauliana, het stelsel van de wet en de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis:

"Zoolang de schuldenaar bevoegd is over zijn vermogen te beschikken, de concursus creditorum nog niet is aangevangen, zal steeds de rechtsgrond voor eene tegen die handelingen te richten Pauliana ontbreken. Zoolang toch blijft de schuldenaar niet alleen bevoegd maar is hij ook verplicht elken schuldeischer, die zich aanmeldt, uit zijn vermogen te voldoen. Eerst de concursus creditorum, met andere woorden het faillissement, met het daaraan voor den schuldenaar verbonden verlies van beheer en beschikking over zijn vermogen, roept het verbod van individueele voldoening in het leven."⁶⁹

Wessels leidt hieruit af dat de wetgever de faillissementspauliana bewust heeft willen beperken tot gevallen waarin de *faillissementsschuldeisers* zijn benadeeld. Deze conclusie deel ik niet. Uit bovenstaande passage kan mijns inziens geen oordeel van de wetgever worden afgeleid met betrekking tot het geval waarin sprake is van een negatieve boedel. Het argument van Wessels, dat uit de aard van de faillissementspauliana voortvloeit dat niet kan worden opgekomen tegen benadeling van boedel-schuldeisers, overtuigt evenmin. De aard van de faillissementspauliana als instrument ter reconstructie van (de verifieerbare aanspraken op) de faillissementsboedel brengt mijns inziens juist met zich dat de faillissementspauliana bescherming biedt aan alle schuldeisers die zich in de kader van de afwikkeling van het faillissement – al dan niet door middel van verificatie – op het actief van de boedel kunnen verhalen. Het gaat dus niet alleen om faillissementsschuldeisers, maar ook om boedelschuldeisers. Naast de aard van de faillissementspauliana, verzetten het systeem van de wet en de omvang van de taak van de curator zich evenmin tegen een succesvol beroep op de faillissementspauliana in het geval (slechts) boedelschuldeisers zijn benadeeld.⁷⁰ Op het uit het systeem van de Faillissementswet voortvloeiende uitgangspunt dat de curator niet hoeft op te ko-

68 Zie Van Koppen 1998-I, p. 95 en Wessels 2010, nr. 3080, 3081 en 3082. Zie ook Rb. Dordrecht 11 februari 2004, *JOR* 2004/314, nt. Prinsen en Rb. Leeuwarden 17 januari 2007, *JOR* 2007/250, nt. NEDF, r.o. 5.6.4.

69 Van der Feltz I, p. 435.

70 Anders Wessels 2010, nr. 3082.

men voor de belangen van boedelschuldeisers,⁷¹ moet mijns inziens een uitzondering worden gemaakt bij een negatieve boedel. In dat geval heeft de curator ten opzichte van de boedelschuldeisers een soortgelijke taak als die welke hij heeft ten opzichte van de faillissementschuldeisers bij een positieve boedel.⁷² Tot deze taak behoort mede het doen van een beroep op de faillissementspauliana, als daar aanleiding toe bestaat. Het uitgangspunt dat niet de curator, maar de boedelschuldeisers zelf voor hun belangen moeten waken is gebaseerd op de gedachte dat zij hiertoe – anders dan faillissementsschuldeisers – over voldoende middelen beschikken.⁷³ Boedelschuldeisers beschikken echter niet over een instrument om een vermindering van het (onbezwaarde) boedelactief, die het gevolg is van een vóór het faillissement verrichte rechtshandeling van de schuldenaar, ongedaan te maken. Zij kunnen geen beroep doen op de faillissementspauliana; de bevoegdheid hiertoe komt op grond van art. 49 Fw exclusief toe aan de curator.⁷⁴ Boedelschuldeisers kunnen zich met betrekking tot dergelijke rechtshandelingen evenmin op de actio Pauliana van art. 3:45 BW beroepen. Omdat zij slechts in hun verhaalsmogelijkheden kunnen zijn benadeeld als de boedel *negatief* is, zou een succesvol beroep op art. 3:45 BW in de regel tot een doorbreking van de tussen boedelschuldeisers bestaande rangorde leiden. Een vernietiging op grond van art. 3:45 BW werkt immers slechts ten behoeve van de schuldeiser die de actio Pauliana heeft ingeroepen (lid 4). Een dergelijke doorbreking van de tussen boedelschuldeisers bestaande rangorde zou niet mogelijk moeten zijn.⁷⁵

Van Koppen is in zijn dissertatie nog een stap verder gegaan dan Wessels, door het standpunt in te nemen dat voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana vereist is dat in ieder geval de *concurrente* crediteuren moeten zijn benadeeld.⁷⁶ Een beroep op de faillissementspauliana zou dan

71 Vgl. HR 28 november 2003, NJ 2004, 81, nt. PvS; JOR 2004/30, nt. NEDF (ABN AMRO/ Curatoren Kovertio). Zie ook Faber in zijn annotaties onder Rb. Roermond 29 april 1999, JOR 2002/20 en Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2001, JOR 2002/20A.

72 Vgl. Verstijlen 1998, p. 174.

73 Zij kunnen hun rechten jegens de boedel geldend maken alsof er geen faillissement was en zij kunnen zo nodig beslag leggen op tot de failliete boedel behorende goederen, vgl. HR 28 november 1930, NJ 1931, p. 253 e.v. (Hermans q.q./Texeira de Mattos).

74 Vgl. Van der Feltz I, p. 454-455. Vgl. ook HR 12 april 1985, NJ 1986, 808, nt. WHH (Ontvanger/NMB); HR 23 maart 2001, NJ 2003, 715, nt. Verstijlen; JOR 2001/116 nt. Kliebisch (Stichting Ofasec/NTM); HR 21 december 2001, NJ 2005, 95; JOR 2002/37 nt. NEDF (Lunderstätt/De Kok) en HR 21 december 2001, NJ 2005, 96, nt. SCJJK; JOR 2002/38 nt. NEDF en Bartman (SOBI/Hurks).

75 Vgl. met betrekking tot beslag en executie door een boedelschuldeiser bij een (dreigende) negatieve boedel Verstijlen 1998, p. 176-177. Vgl. ook Rb. Breda 21 maart 2008, JOR 2008/178; Rb. 's-Gravenhage 15 december 2011, JOR 2012/64, nt. Boekraad.

76 Zie Van Koppen 1998-I, p. 95.

slechts kunnen slagen als de concurrente schuldeisers op het moment waarop de benadeling vast moet staan batig zijn gerangschikt, of dit door een succesvol beroep op de faillissementspauliana zouden kunnen worden. In deze opvatting verliest de faillissementspauliana een nog groter gedeelte van haar toepassingsbereik dan in de benadering van Wessels. In een latere publicatie is Van Koppen op zijn standpunt teruggekomen.⁷⁷

Dat ook de wetgever een succesvol beroep op de faillissementspauliana mogelijk acht, indien (slechts) boedelschuldeisers zijn benadeeld kan mogelijk worden afgeleid uit de Garantstellingsregeling curatoren (art. 43 lid 6 Fw jo. 2:138 lid 10 BW). Op grond van deze regeling kunnen curatoren de Minister van Justitie een voorschot vragen wanneer de boedel ontoereikend is om een rechtsvordering op grond van art. 42-48 Fw in te stellen, of een mogelijkheid daartoe te onderzoeken. Goed denkbaar is dat in veel van die gevallen sprake zal zijn van een negatieve boedel.

Ervan uitgaande dat met art. 42 e.v. Fw kan worden opgekomen tegen benadeling van boedelschuldeisers, rijst de vraag of zij op grond van art. (67 jo.) 69 Fw bij de rechter-commissaris een bevel kunnen uitlokken op grond waarvan de curator de faillissementspauliana moet instellen. Ondanks dat met betrekking tot de in art. 69 Fw gegeven mogelijkheid wordt aangenomen dat deze beperkt is tot faillissementsschuldeisers,⁷⁸ zou ik deze vraag bevestigend willen beantwoorden.⁷⁹ In geval van een negatieve boedel zijn de boedelschuldeisers afhankelijk van de wijze waarop de boedel door de curator wordt beheerd. Het is dan gerechtvaardigd om aan deze schuldeisers, via toegang tot de procedure van art. (67 jo.) 69 Fw, invloed te geven op het beheer van de boedel en, zo zij menen dat bij dat beheer fouten worden gemaakt, deze te doen herstellen of voorkomen.⁸⁰

Het *aantal* faillissementsschuldeisers of boedelschuldeisers dat door de aangevochten rechtshandeling is benadeeld, is niet relevant. Uit het gegeven dat art. 42 Fw – anders dan art. 3:45 BW – niet spreekt over benadeling van 'een of meer schuldeisers' mag niet worden afgeleid dat een beroep op

77 Zie Van Koppen 2001-II, p. 16, voetnoot 6. Dat een succesvol beroep op de faillissementspauliana mogelijk is indien slechts een preferente crediteur is benadeeld, wordt in de literatuur inmiddels algemeen aanvaard, zie A. van Hees 1998, p. 7; Faber 2005, nr. 304 en Wessels 2010, nr. 3081.

78 Vgl. HR 5 september 2003, JOR 2003/289, nt. Verstijlen. Vgl. ook Rb. Haarlem 15 november 1934, NJ 1935, p. 1063 e.v. en Rb. Utrecht 23 oktober 1985, NJ 1986, 355.

79 Vgl. Verstijlen 1994-II, p. 859; Van Galen 1997, p. 151 en Verstijlen, noot onder HR 5 september 2003, JOR 2003/289.

80 Vgl. HR 10 mei 1985, NJ 1985, 792, nt. G (Smit/Van der Sijts q.q.).

de faillissementspauliana niet open zou staan als slechts één schuldeiser is benadeeld,⁸¹ of dat voor een succesvol beroep is vereist dat alle schuldeisers zijn benadeeld.⁸² Evenals ten aanzien van de actio Pauliana van art. 1377 BW (oud) gold, moet worden aangenomen dat het meervoud in art. 42 Fw – 'schuldeisers' – slechts wordt gebruikt voor de aanduiding van het *soort* van hen, die benadeeld moeten zijn.⁸³

4.2. Post-faillissementsschuldeisers

Heeft de aangevochten rechtshandeling slechts geleid tot benadeling van de schuldenaar zelf of een of meer post-faillissementsschuldeisers, dan kan het beroep op de faillissementspauliana niet slagen. Post-faillissementsschuldeisers kunnen zich voor hun vorderingen op de schuldenaar niet rechtstreeks of door middel van verificatie op het actief van de faillissementsboedel verhalen. Aan een reconstructie van (de verifieerbare aanspraken op) de faillissementsboedel in het kader van de afwikkeling van het faillissement bestaat derhalve geen behoefte.

Een succesvol beroep op de faillissementspauliana is evenmin mogelijk als de aangevochten rechtshandeling slechts heeft geleid tot benadeling van de aandeelhouders van een gefailleerde vennootschap.⁸⁴ Net als post-faillissementsschuldeisers, kunnen aandeelhouders niet rechtstreeks of door middel van verificatie aanspraak maken op de opbrengst van het boedelactief. Een aandeelhouder is uit hoofde van zijn aandeelhouderschap geen *schuldeiser* van de vennootschap. Evenmin is een aandeel in het kapitaal van een vennootschap een (gewone) vordering,⁸⁵ die op de voet van art.

81 Zie Faber 2005, nr. 304 en Wessels 2010, nr. 3081. Zie anders Rb. 's-Gravenhage 30 januari 2002, *JOR* 2002/120. De rechtbank oordeelde dat was komen vast te staan dat er slechts één schuldeiser was, hetgeen volgens de rechtbank meebracht dat er ook geen sprake kan zijn van (wetenschap van) benadeling van schuldeisers als bedoeld in art. 42 Fw, zie r.o. 3.4.

82 In de praktijk zal het zich ook zelden voordoen dat alle schuldeisers zijn benadeeld. Er zullen bijvoorbeeld schuldeisers zijn, die ondanks de aangevochten rechtshandeling nog steeds integrale voldoening van hun vordering tegemoet kunnen zien. Deze schuldeisers hebben van de rechtshandeling dus geen nadeel ondervonden. Hetzelfde geldt voor schuldeisers die zo laag zijn gerangschikt dat zij ook in het geval dat de aangevochten rechtshandeling niet was verricht geen enkele uitkering zouden hebben gekregen. Een andere reden waarom het zelden zal voorkomen dat alle schuldeisers zijn benadeeld is dat de partij met of jegens wie de schuldenaar de paulianeuze rechtshandeling heeft verricht in veel gevallen zelf een schuldeiser is. Deze schuldeiser zal van de aangevochten rechtshandeling juist voordeel hebben gehad.

83 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 215.

84 Vgl. Rb. Dordrecht 11 februari 2004, *JOR* 2004/314, nt. Prinsen.

85 Zie hierover Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II*, nr. 202.

108 en 110 Fw ter verificatie kan worden ingediend. De omstandigheid dat aandeelhouders in hun hoedanigheid van aandeelhouder een vordering op de vennootschap kunnen verkrijgen, indien en voor zover er na ontbinding (art. 2:19 lid 1 sub c BW) een batig saldo resteert, maakt het voorgaande niet anders.⁸⁶ Een dergelijke vordering ontstaat pas *na* het moment waarop de uitdelingslijst – waaruit blijkt dat alle faillissementsschulden van de vennootschap volledig kunnen worden voldaan – verbindend is geworden. Ten aanzien van deze vordering is de aandeelhouder dus een post-faillissementsschuldeiser.

De vraag rijst wat rechtens is als op het moment waarop de benadeling moet vaststaan duidelijk is dat één of meer faillissements- of boedelschuldeisers zijn benadeeld, maar vervolgens wanneer het faillissement is geëindigd blijkt dat de vorderingen van deze schuldeisers toch volledig uit het actief van de faillissementsboedel kunnen worden voldaan. In dat geval hebben de schuldenaar, de post-faillissementsschuldeisers en/of de aandeelhouders uiteindelijk (mede) profijt gehad van het beroep op de faillissementspauliana. Een dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als na het geslaagde beroep op de faillissementspauliana een onverwachte bate in de boedel vloeit, of het actief van de boedel toeneemt als gevolg van een winstgevende voortzetting van de onderneming van de schuldenaar door de curator.⁸⁷ Geldt dan dat de aangevochten rechtshandeling achteraf bezien niet vernietigd had mogen worden en de vernietiging moet worden teruggedraaid? Ik neig naar een ontkennende beantwoording van deze vraag. Ook bij de actio Pauliana buiten faillissement blijft de vernietiging in stand als de schuldenaar op enig moment na de vernietiging weer materieel solvent wordt. Zou de vernietiging in het geschetste geval in stand blijven, dan heeft dit voor de schuldeisers jegens wie met succes de voldoening van een – al dan niet opeisbare – schuld is aangevochten overigens geen nadelige gevolgen. Door de vernietiging van de voldoening is hun vordering herleefd. Omdat de faillissementsboedel toereikend is om alle boedel- en faillissementsschuldeisers te voldoen, zullen deze schuldeisers – indien zij hun vordering ter verificatie hebben ingediend – alsnog volledig voldaan worden.

86 Vgl. Prinsen in zijn noot onder Rb. Dordrecht 11 februari 2004, *JOR* 2004/314.

87 Dat de faillissementspauliana niet kan worden ingesteld wegens benadeling van de schuldenaar, de post-faillissementsschuldeisers en/of de aandeelhouders, staat aan de mogelijkheid dat zo een situatie zich voordoet niet in de weg. Dit komt doordat het moment waarop vast moet staan dat de schuldeisers als gevolg van de aangevochten rechtshandeling zijn *benadeeld* niet samenvalt met het moment waarop vast komt te staan wie van het beroep op de faillissementspauliana uiteindelijk *profijt* hebben gehad.

Uit het voorgaande volgt dat de vraag welke schuldeisers voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana moeten zijn *benadeeld*, strikt gezien moet worden onderscheiden van de vraag welke partijen van de vernietiging uiteindelijk *profijt* hebben gehad.⁸⁸ Terwijl de eerste vraag uiterlijk zal moeten worden beantwoord op het moment waarop in hoogste feitelijke instantie over het beroep van de curator op de faillissementspauliana wordt beslist,⁸⁹ kan de laatste vraag pas worden beantwoord wanneer het faillissement is geëindigd. Dit is het gevolg van het systeem van de faillissementspauliana, waarin inbreuken op de positie van de schuldeisers 'via de boedel' ongedaan worden gemaakt en er tussen het moment waarop de curator moet hebben aangetoond dat de schuldeisers zijn benadeeld en het moment waarop het faillissement is geëindigd, zich nog verschillende wijzigingen met betrekking tot de omvang en de samenstelling van de boedel kunnen – en in de regel ook zullen – voordoen.

4.3. Benadeling van posterieure schuldeisers

Voor de actio Pauliana buiten faillissement geldt al geruime tijd dat deze ook kan worden ingeroepen door schuldeisers die hun vordering pas hebben verkregen *na* het moment waarop de aangevochten rechtshandeling is verricht.⁹⁰ Een onderscheid tussen 'anterieure schuldeisers' (schuldeisers wiens vordering op de schuldenaar dateert van vóór de aangevochten rechtshandeling) en 'posterieure schuldeisers' (schuldeisers wiens vordering op de schuldenaar dateert van na de aangevochten rechtshandeling) wordt niet gemaakt. Onder het oude recht vloeide dit voort uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁹¹ Tegenwoordig kan dit in de tekst van art. 3:45 lid 1 BW worden teruggevonden ('onverschillig of zijn vordering vóór of na de handeling is ontstaan'). Ook bij de faillissementspauliana is niet relevant op welk moment de benadeelde schuldeisers hun vordering op de schuldenaar hebben verkregen.⁹² Dit moment kan zelfs zijn gelegen na dat waarop het faillissement is uitgesproken. Bij benadeling van boedel-schuldeisers zal dit steeds het geval zijn. Hebben alle schuldeisers van de schuldenaar hun vordering pas verkregen na het moment waarop de aan-

88 Dit onderscheid wordt in de literatuur nog wel eens uit het oog verloren, zie Wessels 2010, nr. 3080 e.v.

89 Zie § 5.1 van dit hoofdstuk.

90 Zie hierover bijvoorbeeld Ankum 1962-II, p. 132-134; Mellema-Kranenburg 1996, p. 6-7; Faber 2005, nr. 304; Damsteegt-Molier 2009, p. 76-86 en Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 589.

91 Zie HR 14 april 1881, W. 4635 (*Van Horck/Willems*); HR 8 juli 1918, NJ 1918, 793 (*Hollandsche IJzeren Spoorweg Maatschappij/Van Kampen*) en HR 23 december 1949, NJ 1950, 262, nt. PhANH (*Boendermaker/Schopman*).

92 Zie ook Faber 2005, nr. 304. Anders Wessels 2010, nr. 3082.

gevochten rechtshandeling is verricht, dan staat dit aan een succesvol beroep op de faillissementspauliana niet in de weg.⁹³

Zowel in de wetsgeschiedenis als in de jurisprudentie kan geen bevredigende verklaring worden gevonden voor de bescherming van posterieure schuldeisers.⁹⁴ De parlementaire geschiedenis van art. 3:45 BW blijft in dit verband beperkt tot een verwijzing naar het arrest Van Horck/Willems.⁹⁵ Aangenomen wordt echter dat op grond van dit arrest niet *alle* posterieure schuldeisers door de actio Pauliana werden beschermd.⁹⁶ Pas in het arrest Hollandsche IJzeren Spoorweg Maatschappij/Van Kampen zou de Hoge Raad de bescherming van posterieure schuldeisers in *algemene* zin hebben aanvaard.⁹⁷ De Hoge Raad overweegt in dit arrest:

"(...) dat inderdaad in de voormelde overwegingen van het vonnis ligt opgesloten, dat voor de toepasselijkheid van art. 1377 B.W. hij, die de nietigheid der benadeelende handeling inroept, tijdens het plegen daarvan de hoedanigheid van schuldeischer hebben moet; dat deze stelling onjuist is, wijl *doel en strekking van voormeld artikel* [cursivering: RjvdW] medebrengen, dat, indien bij het verrichten der handeling de schuldenaar en degene, met wien of te wiens behoefte hij handelde, wisten, dat daarvan benadeling der schuldeischers het gevolg zoude zijn, het inroepen der nietigheid der handeling later aan ieder belanghebbend schuldeischer moet worden toegestaan."

De mogelijkheid voor posterieure schuldeisers om een beroep op de actio Pauliana te doen vloeit volgens de Hoge Raad voort uit het doel en de strekking van de regeling. Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt echter niet wat hij onder het doel en de strekking van de actio Pauliana verstaat. Een duidelijke verklaring voor de genoemde regel wordt in dit arrest dus niet gegeven.

In het arrest Boendermaker/Schopman verwijst de Hoge Raad niet meer naar het doel en de strekking van de actio Pauliana, maar geeft hij een an-

-
- 93 Hetzelfde geldt wanneer de curator ten behoeve van de schuldeisers die zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden een vordering uit onrechtmatige daad instelt tegen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde (de zogeheten Peeters q.q./Gatzen-vordering), zie HR 8 november 1991, NJ 1992, 174, nt. Ma (*Nimox/Van den End q.q.*), r.o. 3.2. Zie ook Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, JOR 2007/103, nt. NEDF.
 - 94 Zo ook Damsteegt-Molier 2009, p. 77-82.
 - 95 HR 14 april 1881, W. 4635 (*Van Horck/Willems*). Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 215.
 - 96 Zie Vriesendorp 1992, p. 193 en Damsteegt-Molier 2009, p. 79. Posterieure schuldeisers zouden slechts een beroep op art. 1377 BW (oud) kunnen doen, indien de schuldenaar de bedoeling had zijn toekomstige schuldeisers te benadelen.
 - 97 HR 8 juli 1918, NJ 1918, 793 (*Hollandsche IJzeren Spoorweg Maatschappij/Van Kampen*).

dere verklaring voor de bescherming van posterieure schuldeisers.⁹⁸ Hij overweegt:

"(...) dat het vereiste van benadeling, hetwelk art. 1377 B.W. stelt, niet insluit, dat de handeling op het ogenblik van haar plaatsgrijpen als onmiddellijk gevolg nadeel moet medebrengen, maar slechts dat nodig, doch ook voldoende, is (...) dat op het ogenblik dat een schuldeiser zijn rechten uit art. 1377 B.W. doet gelden, dit nadeel als gevolg van de handeling aanwezig is (...). Dat juist *omdat* [cursivering: RJvdW] onmiddellijke benadeling niet nodig is, doch middellijke benadeling voldoende is, de Pauliana ook bescherming kan geven aan hem, die eerst schuldeiser werd na het plaatsgrijpen van de benadelende handeling."

De reden dat ook posterieure schuldeisers zich volgens de Hoge Raad op de actio Pauliana kunnen beroepen, is dat 'middellijke benadeling' – benadeling die op een later moment intreedt dan het moment waarop de aangevochten rechtshandeling is verricht – voldoende is. Zie ik het goed, dan gaat de Hoge Raad er dus van uit dat de mogelijkheid om met de actio Pauliana ook tegen middellijke benadeling op te komen een noodzakelijke voorwaarde is voor de bescherming van posterieure schuldeisers.⁹⁹ De gedachte die hier vermoedelijk aan ten grondslag ligt, is dat iemand slechts kan zijn benadeeld als hij al schuldeiser was op het moment waarop de benadeling is ingetreden.¹⁰⁰ Dit zou echter betekenen dat een beroep op de actio Pauliana niet voor *alle* posterieure schuldeisers is weggelegd. Posterieure schuldeisers die hun vordering hebben verkregen *na* het moment waarop de benadeling is ingetreden kunnen in deze benadering immers niet zijn benadeeld. Van een algemene regel zoals volgt uit het arrest *Hollandsche IJzeren Spoorweg Maatschappij/Van Kampen* en thans is opgenomen in art. 3:45 lid 1 BW zou dan geen sprake zijn.

De discussie rondom de bescherming van posterieure schuldeisers, lijkt voort te komen uit de veronderstelling dat zij niet kunnen zijn benadeeld als de gevolgen van de rechtshandeling al waren ingetreden op het moment dat zij schuldeiser werden. Hun verhaalsmogelijkheden zouden niet kunnen zijn verminderd, omdat de gevolgen van de bestreden rechtshandeling op dat moment al in het vermogen van de schuldenaar waren verdisconteerd.¹⁰¹ Deze veronderstelling gaat er echter van uit dat een schuld-

98 HR 23 december 1949, NJ 1950, 262, nt. PhANH (Boendermaker/Schopman).

99 Zie ook Damsteegt-Molier 2009, p. 82: "(...) als onmiddellijke benadeling vereist zou zijn, kunnen jongere schuldeisers nooit beschermd worden (...)".

100 Zou de Hoge Raad ervan zijn uitgegaan dat ook schuldeisers die hun vordering hebben verkregen *na* het moment waarop het nadeel is ingetreden kunnen zijn benadeeld, dan is de verwijzing naar het leerstuk van de middellijke benadeling niet goed te begrijpen.

101 Zie bijvoorbeeld Vriesendorp 1992, p. 194 en Damsteegt-Molier 2009, p. 80 en 83.

eiser die zijn vordering heeft verkregen op een moment waarop de schuldenaar materieel insolvent is, nimmer recht zou hebben gehad op integrale voldoening van zijn vordering, maar slechts recht heeft op voldoening van dat gedeelte van zijn vordering waarvoor hij op dat moment batig zou zijn gerangschikt. Dit is onjuist. Iedere schuldeiser heeft jegens zijn schuldenaar in beginsel recht op voldoening van zijn gehele vordering, ongeacht het moment waarop hij zijn vordering heeft verkregen.

5. DE BENADELINGSTOETS

5.1. Algemeen

In het arrest Boendermaker/Schopman heeft de Hoge Raad voor de actio Pauliana buiten faillissement aangegeven hoe moet worden vastgesteld of van benadeling van schuldeisers sprake is.¹⁰² Daarbij heeft hij tevens een oordeel gegeven over het moment waarop de benadeling zich op zijn laatst moet hebben gemanifesteerd, wil een succesvol beroep op de actio Pauliana mogelijk zijn. De Hoge Raad overweegt:

"Het vereiste van benadeling, hetwelk art. 1377 B.W. stelt sluit niet in, dat de aangevallen handeling op het ogenblik van haar plaatsgrijpen als onmiddellijk gevolg nadeel moet medebrengen. Het is slechts nodig, doch ook voldoende, dat op het ogenblik dat een schuldeiser zijn rechten uit art. 1377 B.W. doet gelden, dit nadeel als gevolg van de handeling aanwezig is, aldus dat op dat tijdstip de bevredigingsmogelijkheid door verhaal voor den schuldeiser geringer is dan zij geweest zou zijn indien de handeling achterwege ware gebleven."

De regel dat de aangevochten rechtshandeling niet onmiddellijk tot benadeling hoeft te leiden, maar 'middellijke benadeling' voldoende is, is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest Ravast/Ontvanger.¹⁰³ Daarnaast voegt hij in dit arrest aan de reeds in Boendermaker/Schopman gegeven regel toe:

"indien (...) in rechte wordt gestreden over de vraag of de schuldeiser terecht een beroep doet op art. 1377 (oud) BW, is het met betrekking tot de door dat artikel vereiste benadeling nodig, doch ook voldoende dat zij aanwezig is ten tijde dat omtrent het beroep op die bepaling wordt beslist."

102 HR 23 december 1949, NJ 1950, 262, nt. PhANH (Boendermaker/Schopman).
103 HR 22 september 1995, NJ 1996, 706, nt. HJS (Ravast/Ontvanger).

Aangenomen wordt dat beslissend is het moment waarop in hoogste feitelijke instantie over het beroep op de actio Pauliana wordt geoordeeld.¹⁰⁴ Hieronder valt mijns inziens ook het geval waarin de Hoge Raad de zaak na vernietiging zelf afdoet. Hij treedt dan immers op als in hoogste ressort over de feiten oordelende rechter.¹⁰⁵

De toegevoegde waarde van het arrest Ravast/Ontvanger is dat in de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt door de Ontvanger eerst *buiten* rechte een beroep op de actio Pauliana was gedaan en hij de rechter vervolgens om een verklaring voor recht – een *declaratoir* vonnis – had gevraagd.¹⁰⁶ Uit de aard van een dergelijk verzoek vloeit voort dat de rechter zich in beginsel slechts uitspreekt over de vraag of op het moment waarop de curator zijn buitengerechtelijke verklaring tot vernietiging heeft *uitgebracht* aan alle voor vernietiging geldende vereisten – waaronder dat van benadeling van schuldeisers – was voldaan; de rechter wordt slechts gevraagd om een *reeds bestaande* rechtstoestand vast te stellen. Uit het arrest Ravast/Ontvanger vloeit echter voort dat ook in het geval waarin om een verklaring voor recht wordt gevraagd de benadeling zich pas hoeft te hebben gemanifesteerd op het moment dat de hoogste feitenrechter zich over het beroep op de actio Pauliana uitspreekt (en de benadeling dus niet al hoeft te zijn ingetreden op het moment dat buiten rechte een beroep op de actio Pauliana is gedaan).¹⁰⁷ Voor wat betreft het moment waarop de benadeling van schuldeisers op zijn laatst dient vast te staan is dus niet relevant of de bestreden rechtshandeling in of buiten rechte wordt aangevochten.¹⁰⁸

Wat voor de actio Pauliana buiten faillissement geldt op grond van het arrest Ravast/Ontvanger, geldt voor de faillissementspauliana op grond van het arrest Diepstraten q.q./Gilhuis.¹⁰⁹ In dit arrest bevestigt de Hoge Raad met een verwijzing naar Ravast/Ontvanger het leerstuk van de 'middellijke benadeling' voor de faillissementspauliana. Daarnaast geeft hij aan hoe de benadeling in een concreet geval moet worden vastgesteld:

104 Zie H.J. Snijders, noot onder HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (Ravast/Ontvanger), onder 4; Faber 2005, nr. 305 en Wessels 2010, nr. 3078.

105 Zie HR 30 juni 1989, NJ 1989, 769 (Reekers/Laurens).

106 In de casus die ten grondslag ligt aan het arrest Boendermaker/Schopman werd de vernietiging daarentegen *in rechte* gevorderd.

107 Zie H.J. Snijders, noot onder HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (Ravast/Ontvanger), onder 4 en A-G Hartkamp, conclusie voor HR 22 september 1995, NJ 1996, 706, nt. HJS (Ravast/Ontvanger), onder 5-7.

108 Zie anders Van Moorsel 2002, p. 742.

109 HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654; JOR 2001/269, nt. NEDF (Diepstraten q.q./Gilhuis).

"De vraag of benadeling aanwezig is op het moment waarop de rechter over de vordering beslist, moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft."¹¹⁰

In de sindsdien verschenen lagere rechtspraak vindt men deze door de Hoge Raad gegeven benadelingstoets herhaaldelijk terug.¹¹¹ Een zwakte van deze toets is dat geen rekening wordt gehouden met het feit dat de meeste goederen na verloop van tijd in waarde afnemen. Hierdoor zal bijvoorbeeld de aankoop van een auto voor een marktconforme prijs in de regel steeds tot benadeling leiden. Verhaal op de financiële middelen waaruit de auto is betaald, zou de schuldeisers tenslotte meer hebben opgeleverd. Van dergelijke waardeverminderingen zullen veelal zowel de schuldenaar als de verkoper wetenschap hebben. Betekent dit dat voor wetenschap van benadeling (en daarmee een geslaagd beroep op art. 42 Fw) nog slechts vereist is dat partijen wisten van de (aanstaande) materiële insolventie van de schuldenaar? Dit lijkt mij niet het geval. Leveranciers zouden zich mogelijk terughoudend gaan opstellen ten aanzien van ondernemingen in financiële moeilijkheden. Bovendien kan van de verkoper van de auto in het bovengenoemde voorbeeld niet worden gezegd dat hij zich onoorbaar jegens de schuldeisers heeft gedragen, zelfs niet indien hij wist van de financiële moeilijkheden van de schuldenaar. De 'klinische' benadelingstoets uit het arrest Diepstraten q.q./Gilhuis heeft derhalve tot gevolg dat het vereiste van wetenschap van benadeling onder druk komt te staan.

Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen wat de hypothetische situatie is waarin de schuldeisers zich zouden hebben bevonden, indien de aangevochten rechtshandeling niet zou zijn verricht. Men kan immers slechts gissen naar wat zou zijn gebeurd wanneer de bestreden rechtshandeling niet zou hebben plaatsgevonden. Veelal zal dit neerkomen op het geven van een waarschijnlijkheidsoordeel over – wat kan worden genoemd – 'als...dan'-situaties.¹¹² Stel bijvoorbeeld dat een schuldeiser van de schuldenaar afstand doet van zijn pandrecht op een aan de schuldenaar toebehorend goed en de schuldenaar vervolgens overgaat tot betaling van zijn schuld aan deze schuldeiser. Als de schuldenaar nadien failliet gaat zal zijn curator zich mogelijk op het standpunt stellen dat deze betaling tot

110 R.o. 3.5.2.

111 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 23 juli 2002, *JOR* 2004/85, nt. Abendroth; Rb. Utrecht 26 april 2006, *JOR* 2006/197, nt. Spinath; Rb. Leeuwarden 17 januari 2007, *JOR* 2007/250, nt. NEDF; Rb. 's-Gravenhage 12 september 2007, *JOR* 2008/77; Hof 's-Gravenhage 20 september 2007, *JOR* 2008/134 en Hof Arnhem 1 juni 2010, *JOR* 2010/325.

112 Zie Van Dijk 2006, p. 45.

benadeling van schuldeisers heeft geleid. De aangesproken schuldeiser had – na afstand van zijn pandrecht – slechts een concurrente vordering en door betaling daarvan is de tussen schuldeisers bestaande rangorde doorbroken, zo zal de curator kunnen betogen. De aangesproken schuldeiser zal zich in dat geval waarschijnlijk verweren met het argument dat hij slechts afstand van zijn pandrecht heeft gedaan, *omdat* zijn vordering zou worden voldaan. Met andere woorden: als de aangevochten rechtshandeling niet zou hebben plaatsgevonden, dan zou hij zijn pandrecht niet hebben prijsgegeven en door uitoefening van het pandrecht zijn vordering evenzeer voldaan hebben gekregen. De in het arrest Diepstraten q.q./Gilhuis gegeven toets valt in die benadering voor de overige schuldeisers van de schuldenaar 'neutraal' uit.

Faber heeft verdedigd dat aan een dergelijk 'als...dan'-argument geen relevantie zou moeten toekomen. Volgens hem dient bij het bepalen van de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd 'geen rekening te worden gehouden met omstandigheden en gebeurtenissen die zich *hadden* kunnen voordoen, maar zich feitelijk niet *hebben* voorgedaan'.¹¹³ Hij vindt hierbij onder meer steun in het arrest ING/Gunning q.q.¹¹⁴ Toch zijn er in de rechtspraak ook gevallen aan te wijzen waarin een door de aangesproken partij opgevoerd 'als...dan'-argument wel door de rechter is aanvaard.¹¹⁵ Dit verbaast mijns inziens niet. Het is immers inherent aan het vaststellen van een *hypothetische* situatie dat men rekening houdt met omstandigheden die zich feitelijk niet hebben voorgedaan (maar waarvan het wel waarschijnlijk is dat deze zich zouden hebben voorgedaan). In het gegeven voorbeeld kan overigens ook langs een andere weg tot het oordeel worden gekomen dat van benadeling van schuldeisers geen sprake is. In plaats van de afstand van het pandrecht en de betaling aan de desbetreffende schuldeiser als afzonderlijke rechtshandelingen te bezien, kan men beide tezamen als een 'samenstel van rechtshandelingen' beschouwen.¹¹⁶ Dit samenstel van rechtshandelingen leidt als zodanig niet tot benadeling. De voor schuldeisers nadelige gevolgen van de beta-

113 Zie Faber 2005, nr. 346, 349, 355 en 386.

114 HR 19 november 2004, NJ 2005, 199; JOR 2005/19, nt. Steneker (ING/Gunning q.q.). Zie § 5.4 van hoofdstuk 5 voor een bespreking van dit arrest.

115 Zie bijvoorbeeld Hof 7 maart 1989, te kennen uit HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214, nt. PvS (Loeffen q.q./Mees & Hope II); Rb. Rotterdam 20 juli 2000, JOR 2000/247, r.o. 5.3.3 en Rb. Utrecht 26 april 2006, JOR 2006/197, nt. Spinath. Vgl. ook HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618, nt. PvS; JOR 2004/222, nt. JJvH (Bannenberg q.q./NMB-Heller), in het bijzonder r.o. 4.2.

116 Zie hierover § 5 van hoofdstuk 5.

ling worden gecompenseerd door de voor hen gunstige gevolgen van de afstand van het pandrecht.

5.2. Samenstel van rechtshandelingen

5.2.1. Algemeen

Bij het maken van de in het arrest Diepstraten q.q./Gilhuis genoemde vergelijking zal steeds rekening moeten worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval. Het gaat er uiteindelijk om of de met de aangevochten rechtshandeling samenhangende voor- en nadelen er per saldo toe hebben geleid dat schuldeisers zijn benadeeld.¹¹⁷ Deze voor- en nadelen worden niet steeds veroorzaakt door de aangevochten rechtshandeling *zelf*, maar kunnen ook het gevolg zijn van een of meer *andere* rechtsfeiten c.q. rechtshandelingen. Wordt bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van benadeling van schuldeisers ook rekening gehouden met de voor- dan wel nadelige gevolgen van andere rechtsfeiten dan de aangevochten rechtshandeling, dan wordt ook wel gesproken van een 'samenstel van rechtshandelingen'. Twee situaties kunnen in dit verband worden onderscheiden. Op de eerste plaats kan een rechtshandeling die op zichzelf beschouwd niet tot benadeling van schuldeisers heeft geleid, toch voor vernietiging in aanmerking komen als deze deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandeling dat als zodanig wel nadelig is voor schuldeisers. In dat geval wordt bij het beantwoorden van de vraag of de aangevochten rechtshandeling tot benadeling heeft geleid, rekening gehouden met de *nadelige* gevolgen van een ander rechtsfeit c.q. een andere rechtshandeling. Ook de tegenovergestelde situatie kan zich voordoen. In dat geval kan een rechtshandeling die op zichzelf beschouwd tot benadeling van schuldeisers leidt, toch niet worden vernietigd, omdat deze deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen dat als zodanig niet nadelig is voor schuldeisers. Bij het beantwoorden van de vraag of de aangevochten rechtshandeling tot benadeling heeft geleid, wordt dan rekening gehouden met de *gunstige* gevolgen van een ander rechtsfeit c.q. een andere rechtshandeling.

5.2.2. Nadelige gevolgen van andere rechtsfeiten

Zoals hiervoor aangegeven moet bij het beantwoorden van de vraag of een rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers heeft geleid ook rekening

117 Zie ook A-G Huydecoper, conclusie voor HR 2 februari 2007, JOR 2007/102 (*Van Emden q.q./Rabobank*), onder 14.

worden gehouden met de nadelige gevolgen van andere rechtsfeiten c.q. rechtshandelingen. Zo moet een op zichzelf beschouwd niet nadelige overeenkomst, waarin de schuldenaar een goed voor een reële prijs aan een derde heeft verkocht, toch worden geacht tot benadeling van schuldeisers te hebben geleid, indien de schuldenaar de ontvangen koopsom heeft aangewend om een concurrente schuldeiser te betalen. Uit oudere jurisprudentie van de Hoge Raad leek nog te volgen dat de nadelige gevolgen van de betaling in een dergelijk geval slechts *onder bepaalde omstandigheden* mogen worden meegewogen bij het beantwoorden van de vraag of de overeenkomst tot benadeling van schuldeisers heeft geleid.¹¹⁸ Uit meer recente jurisprudentie van de Hoge Raad volgt echter dat dit thans *steeds* is toegestaan.¹¹⁹ Voor causaal verband is naar geldend recht dus voldoende dat de aangevochten rechtshandeling een *condicio sine qua non* is voor de uiteindelijke benadeling. Ook de in het arrest Diepstraten q.q./Gilhuis gegeven benadelingstoets stelt aan het causaal verband geen verdere vereisten.¹²⁰ In de 'hypothetische situatie' die moet worden vergeleken met de 'situatie waarin de schuldeisers feitelijk verkeren' wordt immers niet alleen de aangevochten rechtshandeling weggedacht, maar ook steeds alle rechtsfeiten die zonder de aangevochten rechtshandeling niet hadden kunnen plaatsvinden.

5.2.3. *Gunstige gevolgen van andere rechtsfeiten*

Over de mogelijkheid om bij het beantwoorden van de vraag of de aangevochten rechtshandeling tot benadeling heeft geleid, ook rekening te houden met de voor schuldeisers *gunstige* gevolgen van een ander rechtsfeit, lijkt enige twijfel te bestaan. Abendroth schrijft bijvoorbeeld dat het 'benadelingsbegrip' uit het arrest Curatoren Eneca/BACM,¹²¹ waarin onder omstandigheden ook rekening wordt gehouden met de gunstige gevolgen van andere rechtsfeiten, is achterhaald.¹²² Ook Van Dijk lijkt zijn aarzelin-

118 Zie HR 17 februari 1927, NJ 1927, p. 1031 e.v., nt. EMM (*Hanzebank/Van Elswijk*), waarover § 3.2.4.4.2 van hoofdstuk 5.

119 Zie HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526 (*Bosselaar q.q./Interniber I*) en HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457, nt. PvS; JOR 2005/230, nt. JJvH (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*), waarover § 3.2.4.4.4 en § 3.2.4.4.5 van hoofdstuk 5.

120 HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654; JOR 2001/269, nt. NEDF (*Diepstraten q.q./Gilhuis*).

121 HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (*Curatoren Eneca/BACM*), waarover § 5.3.1 van hoofdstuk 5.

122 Zie Abendroth, noot onder Hof Arnhem 23 juli 2002 en 16 december 2003, JOR 2004/85, onder 5.

gen te hebben.¹²³ Daarnaast kan worden gewezen op het arrest Slijm/Brouwer.¹²⁴

Brouwer Accomodaties¹²⁵ (hierna: Accomodaties) bevindt zich in financiële moeilijkheden. Een van haar schuldeisers is haar moeder Brouwer Holding (hierna: Holding). Om zowel de door Accomodaties geëxploiteerde onderneming te kunnen voortzetten als de vordering van Holding op Accomodaties voldaan te krijgen, draagt Accomodaties bepaalde goederen over aan Beheer- en Beleggingsmaatschappij Stukro (hierna: Stukro). Stukro betaalt de verschuldigde koopprijs vervolgens niet aan Accomodaties, maar met toestemming van Accomodaties aan Holding, die het geïnde verrekent met haar vordering op Accomodaties. Dit alles geschiedt op advies van advocaat Slijm. Enige tijd later faillieert Accomodaties. De curator van Accomodaties gaat op grond van art. 47 Fw over tot vernietiging van de voldoening van de schuld van Accomodaties aan Holding. De benadeling zou er volgens hem in zijn gelegen dat de opbrengst van de overgedragen goederen in het geheel aan één schuldeiser is toegekomen. De Rechtbank Zwolle veroordeelt Holding tot restitutie aan de boedel en veroordeelt Stukro en G. Brouwer (bestuurder van de betrokken partijen) hoofdelijk tot schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW. Stukro voldoet aan het vonnis en meent voor de door haar geleden schade een vordering uit onrechtmatige daad te hebben op advocaat Slijm die als adviseur bij de paulianeuze voldoening betrokken was.¹²⁶ Slijm zou volgens Stukro een beroepsfout hebben gemaakt. Slijm verweert zich onder meer met de stelling dat van een paulianeuze voldoening geen sprake was, omdat de schuldeisers van Accomodaties niet zijn benadeeld. De door Accomodaties aan Stukro overgedragen goederen waren immers stil verpand aan ING. Dit pandrecht is na de overdracht op de goederen blijven rusten.¹²⁷ Als de overdracht en de daarop volgende voldoening niet hadden plaatsgevonden, dan zou de opbrengst van de vervreemde goederen ook niet aan de gezamenlijke schuldeisers ten goede zijn gekomen, aldus Slijm.

Het door Slijm gevoerde betoog gaat volgens het hof niet op. Het wordt daarin gevolgd door de Hoge Raad, die in dit verband overweegt:

"Het argument gaat naar het oordeel van het hof niet op, omdat vaststaat dat de koopsom niet ten goede aan de boedel of de ING Bank is gekomen, doch aan Holding, die daarmee haar concurrente vordering voldaan heeft gekregen, zodat de *pacta creditorum* is doorbroken. Onderdeel I,1 klaagt dat het hof hier een onjuiste

123 Zie Van Dijk 2006, p. 41, voetnoot 1.

124 HR 18 januari 2008, NJ 2008, 335, nt. PvS; JOR 2008/83, nt. Spinath (*Slijm/Brouwer*). Dit arrest is in een ander verband reeds besproken in § 3.2 van hoofdstuk 3. Omwille van de leesbaarheid zal ik de casus ook op deze plaats uiteenzetten.

125 In het arrest slechts met één 'm' geschreven.

126 Partij in de procedure was echter niet Stukro, maar N.D. Brouwer (de broer van G. Brouwer), die de vordering op Slijm van Stukro gecedeerd heeft gekregen.

127 De vermoedelijke reden dat Stukro bereid was om de goederen bezwaard van Accomodaties over te nemen is dat beide vennootschappen uiteindelijk beheerst werden door dezelfde natuurlijke persoon, namelijk G. Brouwer. Het maakte voor hem kennelijk geen wezenlijk verschil dat ING voor de vordering op Accomodaties ook verhaal kon nemen op de aan Stukro overgedragen goederen. Zie de conclusie van A-G Verkade voor dit arrest onder 4.10.

maatstaf heeft aangelegd dan wel een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven. De klachten miskennen dat het hof in de bestreden rechtsoverweging geen oordeel geeft over de vraag of de schuldeisers benadeeld zijn doordat Accomodaties kort voor haar faillissement haar machines en inventaris vervoemde en dusdoende aan faillissementsverhaal onttrok, maar slechts oordeelt dat de schuldeisers benadeeld zijn doordat de koopsom die Accomodaties voor haar verpande zaken *nu eenmaal had bedongen* [cursivering: RjvdW], ten goede van één concurrente crediteur (Holding) is gekomen. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk (...).¹²⁸

Bij het beantwoorden van de vraag of de voldoening tot benadeling van schuldeisers heeft geleid, mag volgens de Hoge Raad kennelijk volledig van het meer omvattende samenstel van rechtshandelingen worden geabstraheerd.¹²⁹ Dit zou betekenen dat geen betekenis toekomt aan de (gunstige) gevolgen van andere rechtshandelingen, waaronder de overeenkomst waarin de aan ING verpande goederen door Accomodaties aan Stukro zijn vervoemd.

Als in het onderhavige geval *wel* rekening was gehouden met het feit dat de aan Stukro overgedragen goederen aan ING waren verpand, dan zou dit wellicht tot het oordeel hebben geleid dat van benadeling van schuldeisers geen sprake was.¹³⁰ Hiervoor is onder meer van belang of ING voor de vordering op Accomodaties verhaal heeft moeten nemen op de overgedragen verpande goederen. Is dat het geval, dan zijn de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van Accomodaties door het samenstel van rechtshandelingen als zodanig mogelijk niet verslechterd. De gedachte is dan dat de schuldeisers van Accomodaties ook zonder het samenstel van rechtshandelingen geen verhaal hadden kunnen nemen op (de opbrengst van) de desbetreffende goederen. Men zou ook kunnen stellen dat het nadeel dat schuldeisers hebben geleden doordat de koopprijs aan één bepaalde schuldeiser is toegekomen, is opgeheven door het voordeel dat zij hebben genoten doordat voor goederen die vanuit hun verhaalsperspectief 'waardeloos' waren, desalniettemin een koopsom is bedongen.

Volgens Spinath, Oppedijk, Schreuder, De Jager en Van Nielen is de 'geabstraheerde benadering' van de Hoge Raad in lijn met zijn eerdere rechtspraak.¹³¹ In de door hen genoemde arresten werd met betrekking tot de benadelingsvraag echter wel degelijk rekening gehouden met bepaalde

128 R.o. 3.4.1.

129 Zie ook Van Schilfgaarde, noot onder HR 18 januari 2008, NJ 2008, 335 (*Slijm/Brouwer*).

130 Vgl. Spinath, noot onder HR 18 januari 2008, JOR 2008/83 (*Slijm/Brouwer*).

131 Zie Spinath, Oppedijk, Schreuder, De Jager en Van Nielen 2009, p. 196.

buiten de aangevochten rechtshandeling gelegen voor- of nadelen.¹³² Hetzelfde geldt voor een aantal andere arresten van de Hoge Raad die in het vervolg van dit onderzoek nog worden besproken.¹³³ Ik zou het arrest Slijm/Brouwer op dit punt dan ook niet als richtinggevend willen aanmerken.

6. CONCLUSIE

Met de faillissementspauliana kan worden opgekomen tegen benadeling in verhaalsmogelijkheden. Hiervan is sprake als een of meer schuldeisers een kleiner gedeelte van hun vordering voldaan krijgen, dan zonder de aangevochten rechtshandeling het geval zou zijn geweest. Een derde die wordt benadeeld omdat hij een (extra) vordering op de schuldenaar heeft verkregen, terwijl de schuldenaar als gevolg van de slechte financiële positie waarin hij zich bevindt voor deze vordering geen verhaal biedt, wordt door de faillissementspauliana niet beschermd. Bij dergelijke 'specifieke schuldeisersbenadeling' is voor de curator in beginsel geen taak weggelegd. Het is wellicht om die reden dat met betrekking tot de faillissementspauliana veelal wordt gesteld dat het moet gaan om 'benadeling van de gezamenlijke schuldeisers' of 'benadeling van de boedel'. Het gevaar van deze aanduidingen is echter dat ze ten onrechte de indruk kunnen wekken dat slechts de verhaalspositie van het collectief van schuldeisers als zodanig relevant is en derhalve geen rekening mag worden gehouden met de individuele posities van de tot het collectief behorende schuldeisers. Aan de uitdrukking 'benadeling van de gezamenlijke schuldeisers' kleeft bovendien het risico dat hieruit wordt afgeleid dat *alle* schuldeisers moeten zijn benadeeld. Uit de aanduiding 'benadeling van de boedel' zou ten slotte kunnen worden opgemaakt dat van benadeling in de zin van de faillissementspauliana geen sprake kan zijn als de aangevochten rechtshandeling er slechts toe heeft geleid dat de totale omvang van de faillissementsschulden groter is dan zonder de aangevochten rechtshandeling het geval was geweest. Dat deze laatste conclusie onjuist is, volgt uit het doel en de strekking van de faillissementspauliana en kan bovendien worden afgeleid uit het bepaalde in art. 49 lid 2 Fw. Met de faillissementspauliana kan derhalve niet alleen het actief van de faillissementsboedel worden gerecon-

132 Het betreft de arresten HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214, nt. PvS (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*) en HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457, nt. PvS; JOR 2005/230, nt. JjvH (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*). Zie over deze arresten § 5.3.2, respectievelijk § 3.2.4.4.5 van hoofdstuk 5.

133 Zie in het bijzonder § 3.2.4 en § 5.3 van hoofdstuk 5.

strueerd, maar ook de omvang van de vorderingen die door middel van verificatie indirect op dit actief zijn te verhalen.

Benadeling in verhaalsmogelijkheden valt in twee subtypen uiteen. Beide kunnen zich slechts voordoen als de schuldenaar 'materieel insolvent' is. Het eerste type benadeling in verhaalsmogelijkheden is in het onderzoek 'vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar' genoemd. Hiervan kan sprake zijn als het in art. 20 Fw bedoelde *actief* per saldo kleiner is dan het zonder de aangevochten rechtshandeling zou zijn geweest, maar ook als de totale omvang van de te verifiëren *vorderingen* per saldo groter is dan het zonder die rechtshandeling zou zijn geweest. Het tweede subtype benadeling in verhaalsmogelijkheden is in dit onderzoek aangeduid als 'verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde'. Hier- van is sprake als een bestaande schuldeiser zich aan de samenloop van schuldeisers onttrekt, dan wel binnen die samenloop een betere positie krijgt dan hij voorheen had.

De schuldeisers die in het kader van de afwikkeling van het faillissement belang kunnen hebben bij reconstructie van (de verifieerbare aanspraken op) de faillissementsboedel zijn de boedel- en faillissementsschuldeisers. Slechts wanneer een of meer van deze schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden kan de curator een succesvol beroep op de faillissementspauliana doen. In dit verband is van belang dat de vraag welk type schuldeisers moet zijn *benadeeld* wordt onderscheiden van de vraag welk type schuldeisers uiteindelijk *profijt* heeft van een succesvol beroep op de faillissementspauliana. Dit onderscheid is gelegen in het feit dat de benadeling wordt vastgesteld op het moment dat de feitenrechter over het beroep op de faillissementspauliana oordeelt, terwijl pas wanneer het faillissement is geëindigd duidelijk wordt wie van dit beroep hebben geprofiteerd. Laatstbedoelde personen kunnen bijvoorbeeld ook post-faillissementsschuldeisers, aandeelhouders of de schuldenaar zelf zijn.

Of een rechtshandeling ertoe heeft geleid dat schuldeisers zijn benadeeld, hangt steeds af van alle omstandigheden van het geval. Bovendien moet in bepaalde gevallen niet alleen rekening worden gehouden met de gevolgen van de aangevochten rechtshandeling zelf, maar ook met de voor schuldeisers nadelige, dan wel gunstige gevolgen van andere rechtsfeiten c.q. rechtshandelingen. Bij het beantwoorden van de vraag of schuldeisers zijn benadeeld moet met andere woorden gekeken worden naar het gehele 'samenstel van rechtshandelingen' waartoe de aangevochten rechtshandeling behoort. Op de vraag in welke gevallen van een dergelijk samenstel van rechtshandelingen sprake is, wordt in hoofdstuk 5 nader ingegaan.

HOOFDSTUK 5

WETENSCHAP EN OVERLEG

1. INLEIDING

In dit hoofdstuk staan de subjectieve vereisten voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana centraal. Dit zijn de vereisten die een bepaalde geestelijke gesteldheid van partijen betreffen.¹ Het subjectieve vereiste waaraan voor vernietiging moet zijn voldaan is niet voor alle rechtshandelingen hetzelfde. De wetgever heeft in dit verband een onderscheid gemaakt tussen door de schuldenaar onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen. Voor de vernietiging van onverplicht verrichte rechtshandelingen is vereist dat de schuldenaar (en degene met of jegens wie hij handelde) bij het verrichten van de rechtshandeling 'wist(en) of behoorde(n) te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn' (art. 42 lid 1 en 2 Fw). Voor de vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen is vereist dat 'hij die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was' of 'de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen' (art. 47 Fw). In § 2 wordt de achtergrond van dit onderscheid besproken. In § 3 en § 4 wordt vervolgens ingegaan op de genoemde subjectieve vereisten. Mijn kritiek op het vereiste 'wetenschap van benadeling' ziet op de eerste plaats op de uitleg die hieraan door de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III is gegeven. Daarnaast wordt betoogd dat het onderscheid dat art. 42 Fw maakt tussen om niet en anders dan om niet verrichte rechtshandelingen moet komen te vervallen. Met betrekking tot de subjectieve vereisten van art. 47 Fw is mijn voornaamste kritiek dat deze onvoldoende beantwoorden aan het doel waarvoor zij door de wetgever lijken te zijn geschreven.

Andere bezwaren zien op zowel de vernietigingsmogelijkheid van onverplicht als verplicht verrichte rechtshandelingen. Zo geldt mijns inziens voor beide categorieën dat de wetgever bij het beantwoorden van de vraag onder welke omstandigheden een rechtshandeling met succes kan worden

1 Zie De Weijs 2010, p. 3.

aangevochten teveel gewicht heeft toegekend aan de rol van de schuldenaar. Betoogd wordt dat het tegen de achtergrond van de belangenafweging die aan de faillissementspauliana ten grondslag zou moeten liggen niet noodzakelijk is dat (ook) de schuldenaar een subjectief verwijt kan worden gemaakt.

Ook in dit hoofdstuk zal aandacht worden besteed aan de 'samenstel van rechtshandelingen' problematiek. In § 3 wordt ingegaan op de vraag in welke gevallen een rechtshandeling die op zichzelf beschouwd niet tot benadeling heeft geleid, maar de uiteindelijke benadeling – die het directe gevolg is van een *ander* rechtsfeit – wel 'mogelijk heeft gemaakt', kan worden vernietigd. Deze vraag is in de jurisprudentie van de Hoge Raad steeds in het kader van het benadelingsvereiste aan bod gekomen. Mijns inziens hoort deze echter veeleer thuis bij de subjectieve vereisten van de faillissementspauliana. In § 5 wordt de tegenovergestelde situatie besproken, waarin een op zichzelf beschouwd nadelige rechtshandeling niet kan worden vernietigd, omdat deze deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen dat als zodanig niet tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Het hoofdstuk wordt in § 6 afgesloten met een conclusie.

2. ONVERPLICHT OF VERPLICHT

2.1. Algemeen

De wetgever heeft bij de totstandkoming van de huidige regeling van de faillissementspauliana het uitgangspunt ingenomen dat *verplicht* verrichte rechtshandelingen niet moeten kunnen worden vernietigd.² Tegen deze achtergrond verbaast het niet dat art. 47 Fw relatief zware subjectieve vereisten kent – het betreft immers een uitzondering op het genoemde uitgangspunt – en voor deze vereisten geen wettelijke regeling met bewijsvermoedens bestaat. Voor de Hoge Raad is het door de wetgever ingenomen uitgangspunt een belangrijke reden geweest om de subjectieve vereisten die voor de vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen gelden restrictief uit te leggen. Dit alles maakt de kans op een succesvol beroep op art. 47 Fw in zijn algemeenheid kleiner dan de kans op een succesvol beroep op art. 42 Fw.³ Het onderscheid tussen onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen is voor de toepassing van de faillissementspauliana om die reden van groot belang.

2 Zie § 5.1 en § 5.3 van hoofdstuk 2.

3 Vgl. Van der Feltz I, p. 450.

2.2. Wettelijke of contractuele verplichting

Een rechtshandeling valt onder het bereik van art. 42 Fw als deze door de schuldenaar is verricht zonder dat hij daartoe op grond van de wet of een overeenkomst was verplicht.⁴ De enkele omstandigheid dat de schuldenaar als gevolg van een feitelijke situatie *praktisch* niet anders kon doen dan de aangevochten rechtshandeling verrichten, leidt niet tot de conclusie dat het een verplicht verrichte rechtshandeling betreft.⁵ Economische of feitelijke dwang doet geen rechtsplicht ontstaan. Van een rechtsplicht is evenmin sprake wanneer de schuldenaar niet tot het verrichten van de aangevochten rechtshandeling verplicht was, maar hiertoe wel eenvoudig verplicht had kunnen worden.⁶ Bekende voorbeelden van onverplicht verrichte rechtshandelingen zijn nakoming van een natuurlijke verbintenis,⁷ betaling van een niet opeisbare schuld en inbetalinggeving (art. 6:45 BW).⁸ Een inbetalinggeving is zelfs onverplicht als hierdoor een *opeisbare* schuld tenietgaat. Niet elke 'voldoening (...) aan een opeisbare schuld' valt derhalve onder het bereik van art. 47 Fw. Van inbetalinggeving moet worden onderscheiden het geval waarin de schuldenaar en zijn schuldeiser de oorspronkelijke schuld eerst hebben omgezet in een andere.⁹ Van een onverplichte *betaling* zal dan in de meeste gevallen geen sprake zijn. De *overeenkomst* waarbij de schuld is omgezet is in de regel echter wel een onverplicht verrichte rechtshandeling.¹⁰ Of een rechtshandeling onder het bereik van art. 42 of 47 Fw valt, moet worden beoordeeld naar het moment waarop deze is verricht. Een eenmaal onverplicht verrichte rechtshandeling kan

- 4 Zie Van der Feltz I, p. 434-437. Zie ook HR 8 januari 1937, NJ 1937, 431, nt. EMM (*Van der Feltz q.q./Hoornse Crediet- en Effectenbank*); HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (*Curatoren Eneca/BACM*); HR 16 januari 1987, NJ 1987, 528, nt. G (*Steinz q.q./AMRO*); HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*); HR 22 september 1995, NJ 1996, 706, nt. HJS (*Ravast/Ontvanger*); HR 12 april 1996, NJ 1996, 488 (*Bosselaar q.q./Interniber II*); HR 20 november 1998, NJ 1999, 611, nt. SCJJK; JOR 1999/19, nt. NEDF (*Verkerk/Tiethoff q.q.*) en HR 3 december 2010, JOR 2011/62 (*Ingwersen q.q./Garantiefonds Vliegers Air Holland I*).
- 5 Zie HR 8 januari 1937, NJ 1937, 431, nt. EMM (*Van der Feltz q.q./Hoornse Crediet- en Effectenbank*) en HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (*Curatoren Eneca/BACM*).
- 6 Zie HR 22 september 1995, NJ 1996, 706, nt. HJS (*Ravast/Ontvanger*).
- 7 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 86. Zie ook Ankum 1962-II, p. 101; Faber 2005, nr. 301; Wessels 2010, nr. 3069 en Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 591.
- 8 Zie HR 24 januari 1958, NJ 1958, 194 (*James q.q./Tuijnstra*); HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*); HR 30 mei 1997, NJ 1997, 663, nt. Ma; JOR 1997/111, nt. JJvH (*Van Essen q.q./Aalbrecht*) en HR 20 november 1998, NJ 1999, 611, nt. SCJJK; JOR 1999/19, nt. NEDF (*Verkerk/Tiethoff q.q.*).
- 9 Deze figuur wordt ook wel aangeduid als 'schuldvernieuwing' of '(objectieve) novatie'. Er is dan in de regel sprake van afstand om baat (vgl. art. 6:160 BW).
- 10 Zie Faber 2005, nr. 301. Vgl. ook Kortmann, noot onder HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*).

niet op een later moment als gevolg van het intreden van een voorwaarde of tijdsverloop alsnog als een verplicht verrichte rechtshandeling kwalificeren.

De vraag of een rechtshandeling onverplicht dan wel verplicht is verricht, wordt steeds beantwoord vanuit het perspectief van de *schuldenaar*. Dit kan in bepaalde gevallen tot onbillijke uitkomsten leiden. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan situaties waarin de schuldenaar een opeisbare schuld op een voor hem onverplichte wijze nakomt, maar zijn schuldeiser de nakoming niet kan weigeren zonder in schuldeisersverzuim te komen. Het is dan voor de schuldeiser niet mogelijk om – met een aanzienlijk kleiner 'paulianarisco' – alsnog de oorspronkelijk overeengekomen prestatie te vorderen. Een dergelijke situatie doet zich bijvoorbeeld voor als de schuldenaar zijn schuld binnen de grenzen van art. 6:121 e.v. BW in een andere dan de overeengekomen valuta betaalt, of de schuldenaar de schuld van een ander betaalt, zonder hiertoe ten opzichte van die ander verplicht te zijn. Ook in het laatste geval kan de schuldeiser de betaling in beginsel niet weigeren (vgl. art. 6:30 lid 1 en lid 2 BW). Mijns inziens is het in deze gevallen ten opzichte van de aangesproken schuldeiser redelijk de betaling niet aan art. 42 Fw, maar aan art. 47 Fw te toetsen.

3. ONVERPLICHT VERRICHTE RECHTSHANDELINGEN

3.1. Wie moet(en) wetenschap van benadeling hebben?

3.1.1. Algemeen

Voor de vernietiging van een onverplicht verrichte rechtshandeling is in ieder geval vereist dat de schuldenaar wetenschap van benadeling had (art. 42 lid 1 Fw). Betreft het een rechtshandeling anders dan om niet die meerzijdig is, of eenzijdig en tot een of meer bepaalde personen gericht, dan geldt het vereiste van wetenschap van benadeling ook voor degene met of jegens wie de schuldenaar handelde (art. 42 lid 2 Fw). Van een rechtshandeling anders dan om niet is sprake als tegenover de door de schuldenaar verrichte prestatie een rechtens daarmee verband houdende tegenprestatie staat.¹¹ Niet vereist is dat de tegenprestatie direct of indirect aan de schuldenaar ten goede komt.¹² De prestatie van degene met of

11 Zie Ankum 1962-II, p. 123 en Faber 2005, nr. 311. Zie voor een voorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2009, *JOR* 2010/314.

12 Zie HR 11 maart 1964, *NJ* 1965, 380, nt. JHB (*PHP/Ontvanger*).

jegens wie de schuldenaar handelde kan dus bestaan in het betalen van een bepaald bedrag aan een derde (zonder dat de schuldenaar hier voordeel bij heeft).¹³ Worden een of meer van de bij de rechtshandeling betrokkenen bij het handelen vertegenwoordigd, dan kan zowel de wetenschap van de vertegenwoordiger als die van de vertegenwoordigde relevant zijn. Van belang is in dit verband het aandeel dat ieder van hen heeft gehad in de totstandkoming van de rechtshandeling en de bepaling van haar inhoud, zie art. (3:78 jo.) 3:66 lid 2 BW.¹⁴

Voor de vernietiging van een om niet verrichte rechtshandeling is niet vereist dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wetenschap van benadeling had. De wetgever geeft hiervoor als reden dat laatstbedoelde partij door de vernietiging in beginsel geen nadeel zal ondervinden, wanneer men zijn situatie vergelijkt met die waarin de aangevochten rechtshandeling nooit zou zijn verricht.¹⁵

"Den begiftigde, die onder bepaalde omstandigheden verplicht wordt aan de schuldeisers des schenkers het ontvangene te restitueeren, wordt dus niet zoozeer een nadeel toegebracht, maar hem wordt veeleer een ongedachte winst weer onttrokken."¹⁶

Voor anders dan om niet verrichte rechtshandelingen geldt dit argument kennelijk niet. Het potentiële nadeel van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde, zal er volgens de wetgever in gelegen zijn dat de wederprestatie ingevolge art. 51 lid 3 Fw niet volledig teruggegeven of vergoed wordt. Hij is dan slechter af dan in het geval de aangevochten rechtshandeling nooit zou zijn verricht.

13 Zie Rb. Dordrecht 18 maart 2009, *JOR* 2009/178.

14 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 274. Zie over toerekening van wetenschap ook Asser/Kortmann 2-1, nr. 80-82 en Faber 2005, nr. 306. Zie over toerekening van wetenschap bij banksyndicaten De Serière 1994, p. 81-82. Zie over toerekening van wetenschap van benadeling onder het oude recht HR 2 januari 1930, *NJ* 1930, p. 1254 e.v., nt. EMM (*Van Dijk/Bankassociatie*).

15 Voor zover degene met of jegens wie de schuldenaar handelde door de vernietiging wel nadeel leidt, bijvoorbeeld omdat hij het op grond van de aangevochten rechtshandeling ontvangene inmiddels heeft verbruikt, wordt dit door art. 42 lid 3 Fw ondervangen. Had hij geen wetenschap van benadeling, dan heeft de vernietiging jegens hem geen werking, voor zover hij aantoont dat hij ten tijde van de faillietverklaring niet door de aangevochten rechtshandeling was gebaat.

16 Van der Feltz I, p. 446.

3.1.2. *Het onderscheid tussen om niet en anders dan om niet verrichte rechtshandelingen moet komen te vervallen*

Op het onderscheid dat wordt gemaakt tussen om niet en anders dan om niet verrichte rechtshandelingen valt naar mijn mening het nodige af te dingen. Anders dan de wetgever van oordeel lijkt te zijn, wordt dit onderscheid niet gerechtvaardigd door het feit dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde alleen bij de vernietiging van een *om niet* verrichte rechtshandeling in beginsel niet in een slechtere positie terechtkomt dan in de situatie waarin de rechtshandeling nooit was verricht. Ook bij de vernietiging van een *anders dan om niet* verrichte rechtshandeling kan dit het geval zijn. Stel bijvoorbeeld dat de schuldenaar op grond van de aangevochten overeenkomst een goed overgedragen heeft gekregen voor een koopprijs van 100, terwijl het slechts 50 waard was. Als dit goed zich ten tijde van de vernietiging nog in de boedel bevindt, zal de wederpartij op grond van art. 51 lid 1 jo. lid 3 Fw per saldo slechts zijn voordeel aan de boedel hoeven af te staan.¹⁷ Hij is dan door de vernietiging niet slechter af dan in het geval waarin de overeenkomst nooit zou zijn gesloten (en lijdt als gevolg van de vernietiging dus geen nadeel). Toch is voor een succesvol beroep op art. 42 Fw vereist dat naast de schuldenaar ook zijn wederpartij wetenschap van benadeling had. Dit zou niet het geval zijn geweest als de schuldenaar *om niet* een bedrag van 50 aan de desbetreffende persoon zou hebben gegeven. Een ander voorbeeld waarin degene met of jegens wie de schuldenaar handelde geen nadeel lijdt, maar voor een beroep op art. 42 Fw toch is vereist dat hij wetenschap van benadeling had, is de vernietiging van de betaling van een schuld. Omdat zijn vordering door de vernietiging herleeft,¹⁸ bevindt hij zich niet in een slechtere positie dan die waarin hij zich zou hebben bevonden als de vernietigde betaling nooit zou hebben plaatsgevonden.

Door bepaalde auteurs is verdedigd dat de mogelijkheid om een om niet verrichte rechtshandeling te vernietigen, in het geval waarin degene met of jegens wie de schuldenaar handelde geen wetenschap van benadeling had, steunt op het feit dat die persoon – voor zover de vernietiging ten opzichte van hem werkt (vgl. art. 42 lid 3 Fw)¹⁹ – ongerechtvaardigd is verkrijgt (art. 6:212 BW).²⁰ Ook voor een geslaagde vordering uit ongerecht-

17 Zie § 5.2.2 van hoofdstuk 6.

18 Zie § 4.3.3 van hoofdstuk 6.

19 De vernietiging heeft geen werking voor zover hij aantoont dat hij ten tijde van de faillietverklaring niet ten gevolge van de rechtshandeling was gebaat.

20 Zie bijvoorbeeld Schoordijk 1970, p. 406; Van Koppen 1998-I, p. 9-10 en A. van Hees 1998, p. 8.

vaardigde verrijking is niet vereist dat de verrijkte wetenschap van benadeling had, zo zal de gedachte zijn. De vraag is echter of van een ongerechtvaardigde verrijking wel sprake is. De wetgever lijkt dit in ieder geval niet aan te nemen. Zou hij van oordeel zijn geweest dat een om niet verrichte rechtshandeling, die ertoe heeft geleid dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde is gebaat, reeds 'gebrekkig' is omdat sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking, dan zou hij voor een succesvol beroep op de *faillissementspauliana* geen wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar hebben geëist. Voor een geslaagde vordering uit ongerechtvaardigde verrijking geldt dit vereiste immers ook niet. Uit het arrest Van Hees *q.q./Y* kan worden afgeleid dat ook de Hoge Raad van oordeel is dat de bevoordeling van een derde die gepaard gaat met benadeling van schuldeisers in de zin van de *faillissementspauliana* niet kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking.²¹

Door het onderscheid tussen om niet en anders dan om niet verrichte rechtshandelingen te laten vervallen,²² zou beter worden aangesloten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad over de verhouding tussen de vordering uit onrechtmatige daad en de *faillissementspauliana*. In verschillende arresten heeft de Hoge Raad het uitgangspunt gegeven dat wanneer ten opzichte van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zowel een beroep op de *faillissementspauliana* wordt gedaan, als een vordering uit onrechtmatige daad wordt ingesteld, het lot van de ene vordering dat van de andere zal delen.²³ Met betrekking tot om niet verrichte rechtshandelingen beantwoordt de huidige regeling van de *faillissementspauliana* niet aan dit uitgangspunt. Waar voor het kunnen slagen van een vordering uit onrechtmatige daad in een dergelijk geval wel vereist is dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wetenschap van benadeling had, geldt dit niet voor een succesvol beroep op de *faillissementspauliana*.²⁴

21 HR 28 oktober 2011, *JOR* 2011/387, nt. Damminga en Rijckenberg (*Van Hees q.q./Y*), r.o. 3.7.4.

22 En dus ook voor de vernietiging van om niet verrichte rechtshandelingen te eisen dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wetenschap van benadeling had.

23 Vgl. HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, nt. WMK (*Sigmacon II*); HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 663, nt. Ma; *JOR* 1997/111, nt. JJvH (*Van Essen q.q./Aalbrecht*) en HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, nt. PvS; *JOR* 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*).

24 Vgl. Van Koppen 1998-I, p. 9.

3.1.3. *Het vereiste van wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar moet komen te vervallen*

Naar mijn mening moet afscheid worden genomen van het voor de vernietiging van alle onverplicht verrichte rechtshandelingen geldende vereiste dat de *schuldenaar* wetenschap van benadeling had. Ook deze aanpassing van de huidige regeling zou in lijn liggen met het hiervoor al genoemde uitgangspunt dat een beroep op de *faillissementspauliana* en een vordering uit onrechtmatige daad hetzelfde lot delen. Wordt degene met of jegens wie de schuldenaar de onverplichte rechtshandeling heeft verricht aangesproken uit onrechtmatige daad, dan is voor het slagen van de vordering immers ook niet vereist dat de schuldenaar wetenschap van benadeling had.

Dat voor een succesvol beroep op art. 42 Fw steeds is vereist dat de schuldenaar wetenschap van benadeling had, komt vermoedelijk doordat het belang van de schuldenaar om naar eigen inzicht over zijn vermogen te kunnen beschikken volgens de wetgever moet worden beschermd. De autonomie van de schuldenaar is volgens hem zelfs een van de beginselen die aan de regeling van de *faillissementspauliana* ten grondslag ligt.²⁵

"Daarnevens staat dit andere rechtsbeginsel dat een ieder volkomen tot handelen bevoegd is, en dat eene uitdrukkelijke wetsbepaling noodig is om iemand die bevoegdheid te ontfangen of hem daarin in het een of ander opzicht te beperken. Is bijgevolg een ieder, ook hij die schulden heeft, *volkomen bevoegd naar goeëddunken over zijn vermogen te beschikken* [cursivering: RJvdW] en moet derhalve de toestand waarin de schuldenaar zijn vermogen, krachtens dat beschikkingsrecht, heeft gebracht, door zijne schuldeisers bij executie op de meest volstreckte wijze *geëerbiedigd worden* [cursivering: RJvdW], aan den anderen kant rust evenzeer op elken schuldenaar de plicht het onderpand zijner schuldeisers niet willens en wetens te hunnen nadeele te vermindern of weg te maken."²⁶

Slechts indien de schuldenaar zijn schuldeisers 'willens en wetens' benadeelt, moet het belang van de schuldenaar wijken voor dat van zijn schuldeisers, aldus de wetgever. Anders dan de wetgever zou ik menen dat voor de bescherming van de autonomie van de schuldenaar geen plaats zou moeten zijn in het kader van een beroep op de *faillissementspauliana*. Wanneer de schuldeisers zijn benadeeld heeft de schuldenaar geen economisch belang meer bij de instandhouding van de door hem verrichte rechtshandelingen. Van benadeling in verhaalsmogelijkheden kan immers

25 Zie hierover ook § 4.1 van hoofdstuk 2.

26 Van der Feltz I, p. 433.

slechts sprake zijn als de schuldenaar 'materieel insolvent' is.²⁷ Het paulianeuze karakter van een rechtshandeling zou mijns inziens moeten worden vastgesteld in de verhouding tussen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en de schuldeisers. Het type benadeling dat de curator in een concreet geval probeert te bestrijden is in dit verband niet van belang.²⁸ Aan de vraag of de *schuldenaar* een subjectief verwijt kan worden gemaakt, zou binnen de faillissementspauliana derhalve geen betekenis (meer) moeten toekomen.²⁹ Beslissend is dan in beginsel nog slechts of degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich onoorbaar tegenover de schuldeisers heeft gedragen.³⁰

3.1.4. Bijzondere regelingen voor bepaalde eenzijdig ongerichte rechtshandelingen

Vervalt het vereiste van wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar, dan rijst de vraag welke gevolgen dit heeft voor de vernietigingsmogelijkheid van nadelige rechtshandelingen die (voor toepassing van de faillissementspauliana) als eenzijdig *ongericht* kwalificeren. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan occupatie, derelictie en de afstand van het aandeel in een gemeenschap van goederen.³¹ Ook kan worden gedacht aan bepaalde garantieverklaringen.³² Omdat bij dergelijke rechtshandelingen een geadresseerde ontbreekt, lijkt het antwoord te moeten zijn dat de benadeling ongedaan zou kunnen worden gemaakt, zonder dat hiervoor een subjectief vereiste geldt. In bepaalde gevallen zal dit niet snel tot bezwaren leiden. Zolang bijvoorbeeld een door de schuldenaar kennelijk prijsgegeven roerende zaak nog niet door een derde in bezit is genomen, zijn bij de ongedaanmaking van de benadeling in beginsel geen andere belangen dan

27 Zie § 3.1 van hoofdstuk 4.

28 Anders Jackson 1986, p. 146, waarover De Weijs 2010, p. 22. Volgens De Weijs zijn er – ook naar Nederlands recht – goede argumenten om de normschending bij een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde in een andere verhouding te zoeken dan bij een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar. Niet duidelijk wordt welke argumenten dit zijn. Zie voor het onderscheid tussen beide typen benadeling § 3 van hoofdstuk 4.

29 Zie hierover met betrekking tot art. 47 Fw HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104, nt. G (*Loeffen q.q./Mees & Hope I*), in het bijzonder r.o. 3.4. Anders HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628, nt. PvS (*Gispén q.q./IFN*) en HR 20 november 1998, NJ 1999, 611, nt. SCJJK; JOR 1999/19, nt. NEDF (*Verkerk/Tiethoff q.q.*), waarover kritisch § 4.2.2 van dit hoofdstuk.

30 Zie ook § 4.2.1.2 en § 6 van dit hoofdstuk en hoofdstuk 7.

31 Zie Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 99.

32 Vgl. HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447, nt. Ma; JOR 2002/136, nt. Bartman (*Akzo Nobel/ING*). In dit arrest overweegt de Hoge Raad dat een zogeheten '403-verklaring' een eenzijdig *ongerichte* rechtshandeling is.

die van de benadeelde schuldeisers betrokken.³³ Er zijn echter gevallen waarin er wel belangen van derden betrokken zijn, die onder omstandigheden moeten worden beschermd. Zo is mijns inziens verdedigbaar dat een derde die te goeder trouw een door de schuldenaar prijsgegeven roerende zaak in bezit heeft genomen niet in alle gevallen waarin schuldeisers zijn benadeeld verplicht is om de zaak aan de curator af te geven, dan wel de waarde daarvan aan hem te vergoeden. Daarnaast zijn er eenzijdig ongerichte rechtshandelingen waarbij weliswaar belangen van derden betrokken zijn, maar deze volgens de wetgever zonder meer ondergeschikt zijn aan die van de benadeelde schuldeisers. Dit geldt bijvoorbeeld bij een verwerping van een nalatenschap door de schuldenaar. Deze rechtshandeling kan niet worden vernietigd (art. 4:190 lid 4 BW), maar een benadeelde schuldeiser kan de rechter wel verzoeken te bepalen dat de nalatenschap mede in het belang van de benadeelde schuldeisers wordt vereffend (art. 4:205 BW), waardoor het nadeel van de verwerping ongedaan wordt gemaakt. Voor het toewijzen van dit verzoek is niet vereist dat bepaalde personen – zoals de erflater of een of meer van de door de verwerping 'bevoordeelde' nalatenschapscrediteuren – wetenschap van benadeling hadden of een ander subjectief verwijt kan worden gemaakt.

De conclusie is dat eenzijdig ongerichte rechtshandelingen vanwege hun bijzondere aard (in het kader van de faillissementspauliana) niet eenvoudig over een kam te scheren zijn. In lijn met wat de wetgever in de parlementaire geschiedenis al heeft gesuggereerd,³⁴ zou de oplossing hiervoor kunnen zijn om daar waar nodig voor de verschillende typen eenzijdig ongerichte rechtshandelingen een bijzondere regeling op te nemen die ziet op het ongedaan maken van schuldeisersbenadeling.

3.2. Wetenschap van benadeling

3.2.1. Algemeen

Een onverplicht verrichte rechtshandeling kan worden vernietigd als de schuldenaar en – in de meeste gevallen ook – degene met of jegens wie hij handelde 'bij dit verrichten wist[en] of behoorde[n] te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn'. Uit de woorden 'behoorde te weten' volgt dat het om geobjectiveerde wetenschap gaat. Dit heeft op de eerste plaats tot gevolg dat van wetenschap van benadeling

33 Het is ook om die reden dat het eisen van wetenschap van benadeling aan de zijde van de *schuldenaar* mijns inziens niet op zijn plaats is.

34 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 218.

ook sprake is als partijen – bewust of onbewust – hun ogen hebben gesloten voor de benadeling. Daarnaast kan uit het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III worden afgeleid dat het 'behoorde te weten' onder omstandigheden een onderzoeksplicht voor partijen meebrengt.³⁵

Wetenschap van benadeling moet aanwezig zijn op het moment dat de aangevochten rechtshandeling wordt verricht. Heeft het verrichten van de aangevochten rechtshandeling enige tijd in beslag genomen, of betreft het een overeenkomst waarbij het moment van aanbod en aanvaarding uit elkaar liggen, dan is niet meteen duidelijk welk moment beslissend is voor de vraag of partijen wetenschap van benadeling hadden. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval waarin een derde zich op enig moment jegens de schuldenaar heeft verbonden om, als de schuldenaar dit wenst, met hem een bepaalde overeenkomst te sluiten (art. 6:219 lid 3 BW). Stel dat de schuldenaar pas een jaar later tot aanvaarding van het aanbod overgaat en de curator in het nadien uitgesproken faillissement van de schuldenaar de overeenkomst met een beroep op art. 42 Fw wil vernietigen.³⁶ Is voor de vraag of de wederpartij van de schuldenaar wetenschap van benadeling had dan het moment waarop de *overeenkomst* tot stand is gekomen beslissend?³⁷ Of is dit het moment waarop de voor de totstandkoming van de overeenkomst noodzakelijke wilsverklaring van de wederpartij – het *aanbod* – onherroepelijk is geworden? Met Faber ben ik van mening dat de laatste benadering het best beantwoordt aan het doel en de strekking van het vereiste van wetenschap van benadeling.³⁸

Met betrekking tot de vraag onder welke omstandigheden van wetenschap van benadeling sprake is, volgt uit de parlementaire geschiedenis slechts dat niet noodzakelijk is dat partijen een *oogmerk* van benadeling hadden.³⁹ Daarnaast volgt uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever ten aanzien van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde een andere invulling van het vereiste van wetenschap van benadeling voor ogen had dan ten aanzien van de schuldenaar zelf. De wetenschap van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zou volgens de wetgever geen be-

35 Zie HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, nt. PvS; JOR 2011/19, nt. NEDF (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III), in het bijzonder r.o. 3.10. De Serië heeft in het verleden betoogd dat uit het 'behoorde te weten' geen onderzoeksplicht voor partijen mag worden afgeleid, zie De Serië 1994, p. 79.

36 De aanvaarding van het aanbod komt niet zelfstandig voor vernietiging in aanmerking, zie § 2.1 van hoofdstuk 3.

37 Een lichte voorkeur voor dit moment heeft Kortmann, noot onder Rb. 's-Hertogenbosch 19 mei 2000, JOR 2001/114.

38 Zie Faber 2005, nr. 308.

39 Zie Van der Feltz I, p. 439-441.

trekking moeten hebben op de nadelige gevolgen van de rechtshandeling, maar op het feit dat de schuldenaar van deze nadelige gevolgen wist. De wetenschap van benadeling van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde komt dan in feite neer op wat thans onder het ontbreken van goede trouw in de zin van art. 3:11 BW wordt verstaan.⁴⁰ Bij mijn weten is deze benadering in de rechtspraak nooit gevolgd.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de wetenschap van partijen geen betrekking hoeft te hebben op de omvang van de benadeling,⁴¹ of het onverplichte karakter van de aangevochten rechtshandeling.⁴² Hieraan kan mijns inziens worden toegevoegd dat de wetenschap van partijen evenmin betrekking hoeft te hebben op de persoon van de benadeelde.⁴³ Met betrekking tot de mate waarin de benadeling ten tijde van het handelen voorzienbaar moet zijn geweest, volgt uit de arresten *Ontvanger/Pellicaan* en *Bakker q.q./Katko* dat onvoldoende is dat partijen wetenschap hadden van een *kans* op benadeling.⁴⁴ Dit betekent volgens de Hoge Raad echter niet dat *zonder meer* vast moet staan dat benadeling het gevolg *zal* zijn. In het arrest *IHC/UPC* overweegt hij:⁴⁵

"Bij de beoordeling van het onderdeel moet worden vooropgesteld dat het bij benadeling in de zin van art. 3:45 BW gaat om daadwerkelijke benadeling. Van onrechtmatig handelen kan te dezer zake slechts sprake zijn indien met een *redelijke mate van waarschijnlijkheid* [cursivering: RJvdW] was te voorzien dat de schuldeisers benadeeld zouden worden."⁴⁶

In het enkele jaren later gewezen arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* bevestigt de Hoge Raad dit oordeel en geeft daarbij bovendien aan waarop de wetenschap van partijen betrekking moet hebben:⁴⁷

"(...) van wetenschap van benadeling in vorenbedoelde zin [is] sprake indien ten tijde van de handeling *het faillissement en een tekort daarin* [cursivering: RJvdW] met

40 Zie § 5.2 van hoofdstuk 2, § 6.3.3 van hoofdstuk 6 en § 2 van hoofdstuk 7.

41 Zie HR 9 maart 1928, NJ 1928, p. 1213 e.v., nt. EMM (*Mello/Staat*).

42 Zie HR 23 december 1926, NJ 1927, p. 439 e.v., nt. PS (*Van den Akker/Canter Cremers q.q.*).

43 Zie ook Faber 2005, nr. 306 en Van Andel 2006, p. 58.

44 Zie HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257, nt. WMK (*Ontvanger/Pellicaan*) en HR 17 november 2000, NJ 2001, 272, nt. PvS; JOR 2001/17 (*Bakker q.q./Katko*). Vgl. ook Rb. Utrecht 1 september 1999, JOR 1999/235 en Rb. 's-Gravenhage 30 januari 2002, JOR 2002/120. Anders Rb. 's-Hertogenbosch 28 mei 1999, JAR 1999/157.

45 HR 26 augustus 2003, JOR 2003/211, nt. JJvH (*IHC/UPC*). Zie ook Rb. Zutphen 4 november 2010, JOR 2011/18 en Rb. 's-Gravenhage 2 februari 2011, JOR 2011/136.

46 R.o. 3.5.2.

47 HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, nt. PvS; JOR 2011/19, nt. NEDF (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*).

een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.”⁴⁸

Naar mijn mening is dit in veel gevallen geen goed criterium om te beoordelen of partijen wetenschap van benadeling hadden.⁴⁹ Voor de vraag of partijen wetenschap van benadeling hadden zou in de meeste gevallen geen relevantie mogen toekomen aan de mate waarin het faillissement van de schuldenaar was te voorzien (§ 3.2.2). Met het gegeven criterium wordt uit het oog verloren waar wetenschap van benadeling (naar de letter) op neerkomt, namelijk wetenschap dat benadeling het gevolg van de aangevochten rechtshandeling zal zijn (§ 3.2.3). De wetenschap zou derhalve betrekking moeten hebben op de feiten en omstandigheden die hebben meegebracht dat de aangevochten rechtshandeling tot benadeling heeft geleid.

Heeft een onverplicht verrichte rechtshandeling op zichzelf beschouwd niet tot benadeling van schuldeisers geleid, maar de uiteindelijke benadeling enkel 'mogelijk gemaakt', dan zou een succesvol beroep op de faillissementspauliana mijns inziens niet zonder meer mogelijk moeten zijn als partijen 'slechts' wetenschap van benadeling hadden. De benadeling is dan het directe gevolg van een *ander* rechtsfeit. Tezamen worden de aangevochten rechtshandeling en het nadelige rechtsfeit in een dergelijk geval ook wel aangeduid als een 'samenstel van rechtshandelingen' (§ 3.2.4).⁵⁰

3.2.2. Wetenschap van het aanstaande faillissement

Uit het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III volgt dat voor wetenschap van benadeling onder meer vereist is dat het *faillissement* van de schuldenaar met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien voor partijen.⁵¹ Het naderende faillissement van de schuldenaar zal echter

48 R.o. 3.7. Zie ook HR 10 juni 2011, JOR 2011/278 (*Aardenburg q.q./Artocarpus*). Zie voorts Rb. Zutphen 17 juni 2010, JOR 2011/20; Hof Leeuwarden 15 februari 2011, JOR 2011/268 en Rb. Amsterdam 23 maart 2011, JOR 2011/270.

49 Vgl. ook Spinath 2010, p. 139 e.v. Anders Wibier 2010, p. 230 en Vermue 2011, p. 47.

50 Uit de jurisprudentie volgt dat in – nagenoeg – alle gevallen waarin een dergelijke situatie zich voordoet de aangevochten rechtshandeling onverplicht is verricht. Om die reden zal de problematiek die betrekking heeft op het bedoelde type samenstel van rechtshandelingen in dit hoofdstuk slechts in het kader van art. 42 Fw worden besproken.

51 Dat voor wetenschap van benadeling volgens de Hoge Raad vereist is dat partijen het faillissement van de schuldenaar hebben kunnen voorzien, kan ook worden afgeleid uit HR 17 november 2000, NJ 2001, 272, nt. PvS; JOR 2001/17 (*Bakker q.q./Katko*), in het bijzonder r.o. 3.3. Ook in de literatuur wordt dit vereiste veelal aangenomen, zie A. van Hees 1998, p. 9; Wibier 2003, p. 732-735; Van Koppen 2006, p. 38; J.J. van Hees 2006, p. 146; Abendroth 2006, p. 56; De Weijs 2007, p. 850; Van Schilfgaarde,

slechts in een beperkt aantal gevallen een rol kunnen spelen bij de vraag of partijen wisten of behoorden te weten dat *benadeling* het gevolg van de aangevochten rechtshandeling zou zijn.⁵² Voor de benadeling zelf is veelal niet noodzakelijk dat de schuldenaar in staat van faillissement verkeert.⁵³ Het faillissement van de schuldenaar heeft in de regel slechts tot gevolg dat de benadeling onomkeerbaar wordt.⁵⁴ Benadeling in verhaalsmogelijkheden kan zich ook voordoen wanneer (nog) geen sprake is van verhaalsuitoefening door schuldeisers. Stel bijvoorbeeld dat de waarde van de activa van de schuldenaar op enig moment 100 is. Onder deze activa bevindt zich een machine met een waarde van 50. De schuldenlast van de schuldenaar bedraagt op dat moment 80. Vervolgens verkoopt en levert hij de desbetreffende machine aan een derde, die hiervoor een koopprijs van 10 betaalt. Zelfs als er na de overdracht geen sprake is van verhaalsuitoefening door een of meer schuldeisers van de schuldenaar, geldt dat zij door de koopovereenkomst zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Door deze rechtshandeling is de waarde van het actief verminderd tot 60, terwijl de schuldenlast nog steeds 80 is. Als de schuldeisers op dat moment tot verhaalsuitoefening zouden overgaan, ontvangen zij minder dan in het geval de overeenkomst niet zou zijn gesloten. Hun verhaalsmogelijkheden zijn op dat moment dus al verminderd. Dat de benadeling in de regel pas bij verhaalsuitoefening aan het licht komt, doet hier niet aan af.

Het eisen van wetenschap omtrent het naderende faillissement van de schuldenaar kan tot gevolg hebben dat van wetenschap van benadeling zoals door de Hoge Raad bedoeld geen sprake is, terwijl partijen wel wisten dat hun handelen de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zou aantasten. Dit zal zich vooral voordoen als tussen het moment waarop van benadeling in verhaalsmogelijkheden sprake is en het moment waarop schuldeisers tot verhaalsuitoefening zijn overgegaan, veel tijd is verstreken. Het enkele feit dat het faillissement van de schuldenaar in dat geval

noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (*Bakker q.q./Katko*); De Weijs 2010, p. 251 e.v.; Wibier 2010, p. 228-229 en Vermue 2011, p. 43. Zie anders Faber 2005, nr. 307.

52 Dit volgt reeds uit het feit dat in art. 3:45 BW – de *actio Pauliana buiten* faillissement – hetzelfde wetenschaps criterium is neergelegd als in art. 42 Fw, zie Faber, annotaties onder Rb. Leeuwarden 17 januari 2007, JOR 2007/250; Hof Leeuwarden 28 februari 2007, JOR 2008/141 en HR 22 december 2009, JOR 2011/19 (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*).

53 Anders De Weijs 2010, p. 246 en Vermue 2011, p. 43. Ook anders (kennelijk) Wibier 2003, p. 733 en Wibier 2010, p. 229.

54 Zolang het faillissement niet is uitgesproken, is het mogelijk dat op enig moment van benadeling geen sprake meer is, bijvoorbeeld doordat de schuldenaar met de exploitatie van zijn onderneming een zodanige winst heeft gemaakt dat hij weer in staat is al zijn schulden integraal te voldoen.

ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling nog niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien voor partijen, mag naar mijn mening niet aan een succesvol beroep op art. 42 Fw in de weg staan.

Door wetenschap van benadeling te koppelen aan de voorzienbaarheid van het faillissement en een tekort daarin, wordt niet alleen een te strenge, maar ook een te ruime maatstaf aangelegd. Met de voorzienbaarheid van het faillissement en een tekort is namelijk niet steeds ook de voorzienbaarheid van de *benadeling* gegeven. Dit geldt bijvoorbeeld als de benadeling is gelegen in het verlies van een bijzonder voorrecht door een schuldeiser als gevolg van de overdracht van het goed waarop hij dit voorrecht had. Als de koper het voorrecht niet kende of behoorde te kennen, zal hij de benadeling niet hebben kunnen voorzien. Een beroep op de faillissements-pauliana moet dan mijns inziens niet kunnen slagen.

3.2.3. *Wetenschap van het gevolg van de aangevochten rechtshandeling*

Van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw zou mijns inziens sprake moeten zijn als partijen ten tijde van het verrichten van de aangevochten rechtshandeling wisten of behoorden te weten dat deze rechtshandeling met een redelijke mate van waarschijnlijkheid benadeling van schuldeisers tot gevolg zou hebben. De wetenschap van partijen zou derhalve betrekking moeten hebben op het gevolg van de aangevochten rechtshandeling – benadeling van schuldeisers – en niet op het faillissement van de schuldenaar en een tekort daarin. De feiten en omstandigheden die ertoe hebben geleid dat van benadeling sprake is, zijn dan eveneens van belang bij het beantwoorden van de vraag of partijen wetenschap van die benadeling hadden. Om welke feiten en omstandigheden het in een concreet geval gaat, hangt onder meer af van het type benadeling dat de curator beoogt te bestrijden.⁵⁵

Van benadeling in verhaalsmogelijkheden kan slechts sprake zijn als de schuldenaar op het moment waarop de benadeling vast moet staan materieel insolvent is.⁵⁶ Voor het vereiste van wetenschap van benadeling betekent dit mijns inziens dat partijen bij het verrichten van de aangevochten rechtshandelingen moeten hebben geweten of behoren te weten dat de schuldenaar met een redelijke mate van waarschijnlijkheid in deze toe-

55 Zie voor de verschillende typen verhaalsbenadeling § 3 van hoofdstuk 4.

56 Zie § 3.1 van hoofdstuk 4.

stand zou komen te verkeren (of daarin reeds verkeerde).⁵⁷ Van Dijk lijkt een strenger criterium te hanteren. Hij stelt:

"(...) geen wetenschap van benadeling wordt aangenomen indien contractpartijen een benadelende rechtshandeling verrichten op een moment dat de schuldenaar in staat was zijn schuldeisers te voldoen."⁵⁸

In zijn benadering kan van wetenschap van benadeling geen sprake zijn als de materiële insolventie van de schuldenaar niet reeds vóór of door het verrichten van de aangevochten rechtshandeling is ingetreden. De gedachte is kennelijk dat de aangevochten rechtshandeling dan slechts tot benadeling van de *schuldenaar* heeft geleid, waardoor van wetenschap van benadeling van de *schuldeisers* geen sprake kan zijn. Deze strikte benadering van causaliteit (en het gevolg daarvan voor het wetenschapsvereiste) komt op het eerste gezicht wellicht logisch voor. Toch mag deze mijns inziens niet worden aanvaard. Op de eerste plaats is de door Van Dijk gekozen benadering moeilijk te verenigen met de rechtsregel dat voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana niet is vereist dat de aangevochten rechtshandeling *onmiddellijk* tot benadeling van schuldeisers heeft geleid.⁵⁹ Daarnaast doet deze benadering onvoldoende recht aan het doel en de strekking van de faillissementspauliana. Een derde die voor een vriendenprijsje een goed van de schuldenaar koopt, handelt mijns inziens onoorbaar ten opzichte van de schuldeisers als hij weet of behoort te weten dat de schuldenaar met redelijke mate van waarschijnlijkheid in staat van materiële insolventie *zal komen* te verkeren. Niet relevant is of de schuldenaar door het sluiten van de koopovereenkomst *onmiddellijk* materieel insolvent is geworden (of dit reeds was).

Is de benadeling het gevolg van een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde, dan is voor wetenschap van benadeling niet steeds voldoende dat partijen wisten of behoorden te weten dat de schuldenaar

57 Vgl. ook HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, nt. PvS; JOR 2011/19, nt. NEDF (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*). Met betrekking tot de toestand van materiële insolventie – de Hoge Raad spreekt van 'een tekort' – volgt uit dit arrest dat deze bij het verrichten van de aangevochten rechtshandeling met redelijke mate van waarschijnlijkheid moet zijn te voorzien.

58 Van Dijk 2005, p. 395. Zie ook Jol en Verhoeven 2010, p. 236. Wellicht ook Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 592. Anders Vriesendorp 1992, p. 190, voetnoot 7.

59 Voldoende is dat benadeling aanwezig is op het moment waarop de curator zich op de faillissementspauliana beroept c.q. het moment waarop in hoogste feitelijke instantie over dit beroep wordt beslist, zie HR 23 december 1949, NJ 1950, 262, nt. PhANH (*Boendermaker/Schopman*); HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (*Ravast/Ontvanger*) en HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654; JOR 2001/269, nt. NEDF (*Diepstraten q.q./Gilhuis*). Zie hierover § 5.1 van hoofdstuk 4.

met een redelijke mate van waarschijnlijkheid materieel insolvent zou raken (of dit reeds was). In bepaalde situaties zullen zij ook bekend moeten zijn met de posities van de (overige) schuldeisers. Dit geldt bijvoorbeeld in het in de vorige paragraaf genoemde geval waarin de benadeling het gevolg is van de overdracht van een goed waarop een schuldeiser een bijzonder voorrecht heeft. Als de koper van het goed het voorrecht niet kende of behoorde te kennen, zal van wetenschap van benadeling geen sprake kunnen zijn. Ook als de betaling aan een preferente schuldeiser wordt aangevochten is voor wetenschap van benadeling niet steeds voldoende dat deze schuldeiser de materiële insolventie van de schuldenaar voorzag of behoorde te voorzien. Hij zal ook moeten hebben geweten, of behoren te weten, dat er schuldeisers van gelijke of hogere rang waren, die door de betaling zouden worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden.

Een vraag die zowel speelt bij het benadelingsvereiste als bij het vereiste van wetenschap van benadeling, is of een betaling door de schuldenaar een verstoring moet opleveren van de rangorde tussen schuldeisers zoals die op het moment van de betaling bestaat, of dat de rangorde van het moment waarop de benadeling uiterlijk moet vaststaan beslissend is. Mijs inziens is het laatste het geval. Een andere benadering zou tot gevolg hebben dat een betaling door de schuldenaar van zijn op enig moment meest preferente schuldeiser(s) – eventueel *pro rata* – nimmer met de faillissementspauliana kan worden bestreden.⁶⁰ Dit kan mijs inziens tot onbillijke uitkomsten leiden. Zo moet de voldoening van de meest preferente schuldeiser – niet separatist – vernietigd kunnen worden als hij redelijkerwijs kon voorzien dat hierdoor andere (toekomstige) schuldeisers zouden worden benadeeld. Van benadeling van toekomstige schuldeisers zal bijvoorbeeld sprake zijn als de schuldenaar op enig moment na de betaling faillieert en de faillissementsboedel bij aanvang van het faillissement negatief is of tijdens het faillissement negatief wordt. De boedelschuldeisers zullen dan door de betaling aan de preferente faillissementsschuldeiser minder ontvangen dan zonder die betaling het geval zou zijn geweest. Als het faillissement en – vooral – de negatieve boedel voor partijen met redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien, dan moet de betaling mijs inziens met de faillissementspauliana kunnen worden aangevochten.⁶¹ Zoals uit dit voorbeeld blijkt kan wetenschap van een aanstaand faillissement *in bepaalde gevallen* dus een rol spelen bij de vraag of partijen wetenschap van benadeling hebben.

60 Voorstander van deze benadering lijkt Verdaas 2010, p. 334.

61 Hiervan zal bijvoorbeeld geen sprake zijn als de negatieve boedel het gevolg is van een onbehoorlijk functioneren van de curator.

Is de benadeling het gevolg van de voldoening van of zekerheidstelling voor een bestaande schuld aan een *concurrente* schuldeiser, dan zal van wetenschap van benadeling in de regel al sprake zijn als partijen wisten of behoorden te weten dat de schuldenaar met redelijke mate van waarschijnlijkheid materieel insolvent zou raken (of dit reeds was). Het feit dat de schuldenaar in staat van materiële insolventie verkeert, zal in beginsel tot gevolg hebben dat de overige (concurrente) schuldeisers door de betaling of zekerheidstelling een kleiner gedeelte van hun vordering voldaan krijgen.

3.2.4. Samenstel van rechtshandelingen

3.2.4.1. Algemeen

Een lastige vraag met betrekking tot de faillissementspauliana is hoe moet worden omgegaan met situaties waarin het nadeel dat de curator ongedaan wil maken niet het directe gevolg is van de aangevochten rechtshandeling zelf, maar van een *ander* rechtsfeit c.q. een *andere* rechtshandeling. Een eenvoudig voorbeeld is het geval waarin de schuldenaar een goed voor een reële prijs aan een derde verkoopt en levert en met de ontvangen koopsom vervolgens een van zijn concurrente schuldeisers betaalt. Het is dan niet de koopovereenkomst (of de levering) die de benadeling heeft veroorzaakt, maar de betaling aan de desbetreffende schuldeiser. De koopovereenkomst heeft de uiteindelijke benadeling slechts 'mogelijk gemaakt'. Toch kan deze in bepaalde gevallen worden vernietigd.

Hoe moet worden bepaald of een rechtshandeling die op zichzelf beschouwd niet tot benadeling van schuldeisers heeft geleid toch op grond van de faillissementspauliana kan worden vernietigd? Met betrekking tot deze vraag kunnen in de jurisprudentie en de literatuur twee hoofdbenaderingen worden onderscheiden. In de ene benadering wordt het antwoord gezocht in het benadelingsvereiste, meer in het bijzonder in het vereiste dat tussen de aangevochten rechtshandeling en de benadeling causaal verband bestaat. Als uitgangspunt wordt dan genomen dat de aangevochten rechtshandeling *zelf* tot benadeling moet hebben geleid,⁶² of dat onvoldoende is dat de rechtshandeling slechts een *condicio sine qua non* is

62 Zie HR 17 februari 1927, NJ 1927, p. 1031 e.v., nt. EMM (*Hanzebank/Van Elswijk*). Zie ook Meijers, noot HR onder 17 februari 1927, NJ 1927, p. 1031 e.v. (*Hanzebank/Van Elswijk*); Faber, annotaties onder Rb. Amsterdam 14 mei 1997, JOR 1997/87 en Rb. 's-Hertogenbosch 5 september 1997, JOR 1997/131; J.J. van Hees 1997, p. 572; Bakkerus 2000, p. 169; Faber 2005, nr. 302; Verdaas 2006-I, p. 30 e.v.; Verdaas 2006-II, p. 33 e.v. en Verdaas 2010, p. 329 e.v.

voor de benadeling.⁶³ Vernietiging zou slechts mogelijk zijn als tussen de aangevochten rechtshandeling en het rechtsfeit dat de benadeling heeft veroorzaakt voldoende samenhang bestaat (en bovendien aan alle overige vereisten voor vernietiging is voldaan).⁶⁴ De gevolgen van het (niet aangevochten) nadelige rechtsfeit, worden dan als het ware 'toegerekend' aan de aangevochten rechtshandeling.⁶⁵ Tezamen worden de aangevochten rechtshandeling en het nadelige rechtsfeit veelal aangeduid als een 'samenstel van rechtshandelingen'.⁶⁶

Het antwoord op de vraag wanneer een rechtshandeling kan worden vernietigd die op zichzelf beschouwd niet tot benadeling heeft geleid, wordt in de andere in dit verband te onderscheiden benadering niet gezocht in het benadelingsvereiste, maar in het vereiste van wetenschap van benadeling.⁶⁷ In die benadering bestaat geen behoefte aan een afzonderlijk criterium om te bepalen of de nadelige gevolgen van een ander rechtsfeit, meegewogen mogen worden bij de vraag of de aangevochten rechtshandeling tot benadeling heeft geleid. In het voorbeeld waarin de schuldenaar de in de aangevochten overeenkomst bedongen koopsom heeft aangewend om een van zijn concurrente schuldeisers te betalen, is dan zonder meer aan het benadelingsvereiste voldaan. Een *condicio sine qua non* verband tussen de aangevochten rechtshandeling en de benadeling volstaat derhalve.⁶⁸ Of de koopovereenkomst kan worden vernietigd, wordt slechts bepaald aan de hand van de vraag of de schuldenaar en zijn wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst wetenschap van benadeling hadden.

In de literatuur komt men ook combinaties van beide benaderingen tegen. Zo heeft Wessels met betrekking tot het vereiste van causaal verband verdedigd dat:

63 Zie Faber, noot onder Rb. Amsterdam 14 mei 1997, JOR 1997/87.

64 Door J.J. van Hees 1997, p. 572 ook wel 'connexiteit' genoemd. Zie ook Verdaas 2006-I, p. 33 en Verdaas 2006-II, p. 35.

65 Zie Verdaas 2006-I, p. 116; Verdaas 2006-II, p. 34 en Verdaas 2010, p. 334 e.v.

66 Deze aanduiding is overigens niet geheel zuiver. Het rechtsfeit waarvan de benadeling het directe gevolg is hoeft niet steeds een *rechtshandeling* te zijn. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een verrekening die van rechtswege plaatsvindt (art. 6:140 lid 1 BW).

67 Zie Verstijlen en Vriesendorp 2004, p. 994-995; A. van Hees 2006, p. 114-115; Van Koppen 2006, p. 38; Van Nielen en Bartels 2006, p. 182 en De Weijs 2010, p. 267.

68 Zie A. van Hees 2006, p. 114 en Van Koppen 2006, p. 37.

"(...) gezocht moet worden naar een oorzakelijkheidsverband dat loopt via de band van 'weten' respectievelijk 'behoren te weten' dat benadeling van de rechtshandeling 'het gevolg zou zijn'."⁶⁹

In vergelijkbare zin Winter:

"De omstandigheden van het geval, waaronder de tijdsfactor, het verband tussen de verschillende transacties, de bij de transacties betrokken partijen en hun wetenschap en intenties zullen gezamenlijk bepalen of men de transacties als een samengestelde onverplichte transactie kan beschouwen in de zin van artikel 42."⁷⁰

Beide auteurs brengen de problematiek onder bij het *benadelingsvereiste*, maar stellen het causaal verband, respectievelijk de 'samengestelde transactie', vast aan de hand van (onder meer) de *wetenschap van benadeling* van partijen. In de hierna volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de twee onderscheiden hoofdbenaderingen. Geen van beide biedt mijns inziens een bevredigende oplossing.

3.2.4.2. Benadering via het causaal verband

De wetgever noch de Hoge Raad heeft zich tot op heden expliciet uitgelaten over de vraag aan de hand waarvan moet worden bepaald of tussen de aangevochten rechtshandeling en de benadeling van schuldeisers causaal verband bestaat. De arresten van de Hoge Raad waaruit kort gezegd volgt dat een vordering uit onrechtmatige daad en een beroep op de faillissementspauliana in beginsel hetzelfde lot delen,⁷¹ lijken er echter op te wijzen dat voor beide instrumenten in dit kader vergelijkbare voorwaarden gelden. Voor de faillissementspauliana zou dit als uitgangspunt meebrengen dat de aangevochten rechtshandeling een *condicio sine qua non* voor de uiteindelijke benadeling moet zijn, en de benadeling bovendien in een zodanig verband moet staan met de aangevochten rechtshandeling dat zij redelijkerwijze aan deze rechtshandeling kan worden toegerekend. Met betrekking tot vorderingen tot schadevergoeding, waaronder die uit onrechtmatige daad, vloeit dit laatste voort uit art. 6:98 BW.

Voor vorderingen tot schadevergoeding geldt dat de vraag of toerekening in een concreet geval mogelijk is, moet worden beantwoord aan de hand

69 Wessels 2010, nr. 3056. Wessels wordt in deze benadering gevolgd door Westrik en Van Dooren 2011, p. 253.

70 Winter 1998, p. 70.

71 Vgl. HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, nt. WMK (*Sigmacon II*); HR 30 mei 1997, NJ 1997, 663, nt. Ma; JOR 1997/111, nt. JJvH (*Van Essen q.q./Aalbrecht*) en HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, nt. PvS; JOR 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*).

van *objectieve* factoren, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis.⁷² Naast de in art. 6:98 BW genoemde aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, is een belangrijke factor de voorzienbaarheid van de schade.⁷³ Het gaat daarbij niet om de concrete kennis van partijen (subjectieve voorzienbaarheid), maar om de kennis die 'een gemiddeld ontwikkeld mens' onder vergelijkbare omstandigheden heeft (objectieve voorzienbaarheid).⁷⁴ De vraag rijst of dergelijke objectieve factoren ook in het kader van een beroep op de faillissementspauliana een beslissende rol kunnen spelen. Is het mogelijk om aan de hand daarvan te verklaren waarom een rechtshandeling die op zichzelf beschouwd niet tot benadeling heeft geleid in het ene geval wel kan worden vernietigd en in het andere geval niet (ervan uitgaande dat aan alle overige vereisten voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana is voldaan)? Dit geldt in ieder geval niet voor de factor 'objectieve voorzienbaarheid'. Omdat voor vernietiging al 'subjectieve voorzienbaarheid' – wetenschap van benadeling – is vereist, lijkt deze factor met betrekking tot de faillissementspauliana weinig tot geen onderscheidende kracht te kunnen hebben.

Of een rechtshandeling die op zichzelf beschouwd niet tot benadeling heeft geleid kan worden vernietigd, zou mijns inziens veeleer moeten worden bepaald aan de hand van *subjectieve* factoren. De relevante vraag is derhalve niet zozeer of tussen de aangevochten rechtshandeling en de benadeling voldoende causaal verband bestaat, maar of degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich onoorbaar ten opzichte van de schuldeisers heeft gedragen. Zo bezien, lijkt de onderhavige problematiek meer thuis te horen bij de subjectieve vereisten van art. 42 e.v. Fw.

3.2.4.3. Benadering via wetenschap van benadeling

In de benadering waarin de oplossing voor de onderhavige problematiek wordt gezocht in het vereiste van wetenschap van benadeling, geldt dat van een causaal verband al sprake is als de aangevochten rechtshandeling een *condicio sine qua non* is voor de benadeling. Voor de vraag of de rechtshandeling kan worden vernietigd is slechts beslissend of partijen wetenschap van benadeling hadden. Mijn bezwaar tegen deze benadering is dat het enkele feit dat aan dit vereiste is voldaan in de bedoelde gevallen niet zonder meer een rechtvaardiging geeft voor de vernietiging. Had degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wetenschap van benadeling,

72 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 345.

73 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 340-345.

74 Zie Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II*, nr. 71 en 72.

dan betekent dit mijns inziens niet vanzelfsprekend dat hij zich onoorbaar heeft gedragen ten opzichte van de schuldeisers. Dit geldt in ieder geval wanneer dit vereiste wordt uitgelegd zoals in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat van wetenschap van benadeling sprake is als partijen bij het verrichten van de aangevochten rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid konden voorzien.⁷⁵ Bij rechtshandelingen die zelf niet tot benadeling hebben geleid, betekent dit dat partijen al wetenschap van benadeling – in de zin die de Hoge Raad daaraan geeft – kunnen hebben, zonder dat zij wisten of behoorden te weten dat het rechtsfeit dat de uiteindelijke benadeling direct heeft veroorzaakt plaats zou vinden (of al plaats heeft gevonden). Het spreekt mijns inziens voor zich dat een beroep op art. 42 Fw dan niet moet kunnen slagen. Het enkele feit dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde het faillissement en een tekort daarin kon voorzien, behoort hem nog niet te weerhouden van zijn betrokkenheid bij de rechtshandeling.

De vraag is of de Hoge Raad de hiervoor beschreven consequentie van zijn interpretatie van het vereiste van wetenschap van benadeling op het oog heeft gehad. Ik vermoed dat dit niet het geval is. In de casus die aan het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III ten grondslag ligt, had de schuldenaar op grond van de aangevochten overeenkomst met de bank additioneel krediet verkregen tegen zekerheidstelling en dit krediet vervolgens aangewend om een aantal concurrente crediteuren te betalen. In een dergelijk geval moet goed voor ogen worden houden dat het niet de *kredietovereenkomst* (met de daarin opgenomen verplichting tot zekerheidstelling) is die tot benadeling van schuldeisers heeft geleid, maar de *betalingen* die uit dit krediet zijn gedaan.⁷⁶ Het verbaast dan ook niet dat ABN AMRO zich in cassatie op het standpunt heeft gesteld dat van wetenschap van benadeling van haar zijde slechts sprake had kunnen zijn als zij wist of behoorde te weten dat de schuldenaar ten laste van het krediet betalingen zou doen die zouden leiden tot benadeling van schuldeisers. Volgens de Hoge Raad faalt dit betoog echter, omdat:

"(...) het eraan voorbij ziet dat een schuldeiser door middel van een zekerheidsrecht in het algemeen nu juist beoogt voor zichzelf verhaalsvoorrang tot stand te brengen, met als onvermijdelijk gevolg dat andere schuldeisers hun kans op verhaal zien slinken."⁷⁷

75 Zie HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, nt. PvS; JOR 2011/19, nt. NEDF (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*), r.o. 3.7.

76 Zie § 3.3 van hoofdstuk 4.

77 R.o. 3.11.

Het lijkt er op dat de Hoge Raad – ten onrechte – ervan uitgaat dat de aangevochten kredietovereenkomst *zelf* tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Dit verklaart echter wel waarom hij het voor wetenschap van benadeling niet nodig achtte dat partijen wisten of behoorden te weten dat de desbetreffende betalingen zouden plaatsvinden.

Wordt wetenschap van benadeling niet uitgelegd zoals in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III, maar op een meer letterlijke wijze ('wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling met een redelijke mate van waarschijnlijkheid benadeling tot gevolg zou hebben'⁷⁸), dan moet de wetenschap van partijen ook betrekking hebben op het plaatsvinden van het nadelige rechtsfeit. Kan de benadering via wetenschap van benadeling in dat geval *wel* een bevredigde oplossing bieden voor de onderhavige problematiek? Mijns inziens is dit niet het geval. In het voorbeeld waarin de schuldenaar voor een reële prijs een goed verkoopt en levert en met de ontvangen koopsom een van zijn schuldeisers betaalt heeft de koper wetenschap van benadeling – in een meer letterlijke zin – als hij wist of behoorde te weten dat de schuldenaar met een redelijke mate van waarschijnlijkheid (i) in staat van materiële insolventie zou komen te verkeren (of reeds verkeerde), en (ii) de koopsom zou aanwenden om een of meer (concurrente) schuldeisers te voldoen.⁷⁹ Deze wetenschap maakt het gedrag van de koper mijns inziens niet zonder meer onoorbaar tegenover de schuldeisers van de schuldenaar. De voldoening zelf is onder de gegeven omstandigheden in beginsel niet paulianeus of onrechtmatig, waardoor het enkel 'mogelijk maken' van deze voldoening mijns inziens niet snel een verwijtbare gedraging kan opleveren. Of degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling is verricht zich onoorbaar heeft gedragen zou tevens afhankelijk moeten zijn van andere factoren. Een doorslaggevende factor kan bijvoorbeeld zijn het doel van de aangevochten rechtshandeling of de transactie.⁸⁰ Daarnaast kan belang toekomen aan de aard van de rechtshandeling en de positie in het maatschappelijk verkeer van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde. Zo zal een particuliere koper van een goed een kleinere verantwoordelijkheid hebben met betrekking tot de besteding van de koopsom door de schuldenaar, dan een professionele kredietverlener heeft met betrekking tot de besteding van een tegen zeker-

78 Zoals in § 3.2.3 van dit hoofdstuk is verdedigd met betrekking tot rechtshandelingen die *zelf* tot benadeling van schuldeisers hebben geleid.

79 Vgl. § 3.2.3 van dit hoofdstuk.

80 Zie HR 17 februari 1927, NJ 1927, p. 1031 e.v., nt. EMM (*Hanzebank/Van Elswijk*), waarover § 3.2.4.4.2 van dit hoofdstuk.

heid verstrekt krediet.⁸¹ In § 3.2.4.4 wordt nader op deze voorbeelden ingegaan.

Nog afgezien van de vraag of degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich ingeval van wetenschap van benadeling wel onoorbaar tegenover de schuldeisers heeft gedragen, zijn er goede redenen om terughoudend om te gaan met het vernietigen van rechtshandelingen die zelf niet tot benadeling hebben geleid. Een daarvan is dat vernietiging tot gevolg kan hebben dat de benadeling wordt geredresseerd bij iemand die van het nadelige rechtsfeit geen voordeel heeft genoten, terwijl degene die wel voordeel heeft genoten buiten schot blijft. Zo wordt bij de vernietiging van de koopovereenkomst in het hiervoor gebruikte voorbeeld het nadeel niet ongedaan gemaakt ten laste van de 'bevoordeelde' schuldeiser, maar ten laste van de koper. Met name in gevallen waarin de curator ook de mogelijkheid heeft om de benadeling bij de bevoordeelde te redresseren, kan dit tot onbillijke uitkomsten leiden. De curator is naar geldend recht niet gehouden om eerst deze mogelijkheid te onderzoeken en/of te benutten. Het behoort tot zijn beleidsvrijheid om te bepalen jegens wie hij een vordering instelt en op welke grondslag.⁸² Lukt het de curator om de koopovereenkomst te vernietigen, dan zal hij de bevoordeelde schuldeiser niet meer met succes kunnen aanspreken. Het nadeel van de overige schuldeisers is dan tenslotte al opgeheven. Het resultaat is mogelijk dat de betaalde schuldeiser het voordeel mag behouden ten koste van de koper. Onduidelijk is of het recht voorziet in een instrument waarmee de koper het bij hem geredresseerde nadeel (gedeeltelijk) op de bevoordeelde kan verhalen.

Een andere reden om terughoudend om te gaan met het vernietigen van rechtshandelingen die zelf niet tot benadeling hebben geleid, is dat een ruime vernietigingsmogelijkheid een negatieve uitwerking kan hebben op het reorganiserend vermogen van een onderneming in financiële moeilijkheden. Zo wordt gesteld dat de bereidwilligheid van derden om in het kader van een informele reorganisatie aan bepaalde reddingsoperaties mee te werken, onder meer afhankelijk is van de omvang van het risico dat de in dat kader door de schuldenaar verrichte rechtshandelingen nadien door

81 Vgl. Hof Leeuwarden 28 februari 2007, *JOR* 2008/141, nt. NEDF, onder 17.

82 Vgl. Rb. Amsterdam 8 november 1996, *JOR* 1996/9; Rb. Amsterdam 6 juni 2001, *JOR* 2001/218 en Rb. Groningen 14 juli 2010, *JOR* 2011/22, nt. NEDF. Van deze beleidsvrijheid zal hij met name gebruik maken als op de rechtshandeling die de benadeling slechts mogelijk heeft gemaakt een soepeler paulianaregime van toepassing is. Hetzelfde geldt als het voordeel niet bij één, maar bij verschillende partijen is terechtgekomen. Om de benadeling te redresseren bij de bevoordeelde partijen zal de curator dan meerdere acties moeten instellen. Dit is kostbaar en tijdrovend.

de curator worden vernietigd.⁸³ Een ruime vernietigingsmogelijkheid zou tot gevolg kunnen hebben dat partijen zich in dit verband terughoudender gaan opstellen. Zo zal een leverancier die weet of behoort te weten dat de schuldenaar al zijn toekomstige voorraden bij voorbaat aan de bank heeft verpand in de regel wetenschap van benadeling – in letterlijke zin – hebben wanneer de schuldenaar zich ten tijde van het sluiten van een koopovereenkomst in financiële moeilijkheden bevindt.⁸⁴ Hetzelfde geldt voor een afnemer die weet of behoort te weten dat de schuldenaar al zijn voorraden bij voorbaat aan de bank heeft verpand. Zolang een succesvolle reorganisatie van de onderneming (binnen dezelfde rechtspersoon) nog mogelijk is, is het onwenselijk dat partijen van het sluiten van dergelijke overeenkomsten af zouden zien vanwege het risico dat deze nadien met de faillissementspauliana worden vernietigd.

3.2.4.4. Bijkomende omstandigheden

3.2.4.4.1. Algemeen

Hiervoor is verdedigd dat een rechtshandeling die de benadeling niet zelf heeft veroorzaakt, maar deze enkel 'mogelijk heeft gemaakt', niet moet kunnen worden vernietigd als degene met of jegens wie de schuldenaar handelde 'slechts' wetenschap van benadeling had. Dit geldt mijns inziens zelfs als dit vereiste – in afwijking van het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III – op een meer letterlijke wijze wordt geïnterpreteerd ('wist of hoorde te weten dat de rechtshandeling met een redelijke mate van waarschijnlijkheid benadeling tot gevolg zou hebben'). Had degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wetenschap van benadeling, dan betekent dit niet vanzelfsprekend dat hij zich onoorbaar heeft gedragen tegenover de schuldeisers. Hiervoor moet mijns inziens meer aan de hand zijn. De vraag is welke omstandigheden in dit verband relevant zouden kunnen zijn.

Omdat het niet mogelijk is op deze plaats een uitputtend onderzoek te doen, beperk ik mij tot een bespreking van de arresten van de Hoge Raad waarin de onderhavige problematiek aan de orde was. In de casus die aan deze arresten ten grondslag liggen werd steeds een rechtshandeling aan-

⁸³ Zie Van Koppen 2005-I, p. 174; Abendroth 2006, p. 56; J.J. van Hees 2006, p. 148; De Weijs 2010, p. 37 en Vermue 2011, p. 39. Zie ook A-G Huydecoper, conclusie voor HR 2 februari 2007, JOR 2007/102 (*Van Emden q.q./Rabobank*), onder 16. Er is mij op dit punt overigens geen empirisch onderzoek bekend. Als hypothese zou ik de stelling echter voor mijn rekening durven nemen.

⁸⁴ Ervan uitgaande dat deze transactie tot benadeling van schuldeisers heeft geleid.

gevochten die op zichzelf beschouwd niet tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. De vraag die ik probeer te beantwoorden is welke 'bijkomende omstandigheden' in die casus in mijn benadering doorslaggevend zouden kunnen zijn geweest voor het al dan niet slagen van het beroep op de faillissementspauliana (ook al besteedt de Hoge Raad in bepaalde gevallen geen aandacht aan deze omstandigheden). Ik wil dan ook benadrukken dat de arresten en de daaraan ten grondslag liggende casus deels ter inspiratie worden gebruikt; het hierna volgende betreft niet steeds een weergave van de huidige betekenis van de desbetreffende uitspraken. De arresten die besproken worden zijn Hanzebank/Van Elswijk (§ 3.2.4.4.2), Burghgraef/Zeven q.q. (§ 3.2.4.4.3), Bosselaar q.q./Interniber I (§ 3.2.4.4.4) en Van Dooren q.q./ABN AMRO II (§ 3.2.4.4.5). De rechtvaardiging voor het al dan niet slagen van het beroep op de (faillissements)pauliana lijkt in de eerste drie arresten te kunnen worden gevonden in het doel van partijen bij de aangevochten rechtshandeling. In het laatstgenoemde arrest lijkt de rechtvaardiging voor de vernietiging te kunnen worden gevonden in een combinatie van de maatschappelijke positie van degene met wie de schuldenaar handelde, de aard van de aangevochten rechtshandeling en de voorzienbaarheid van het faillissement.

Opmerking verdient nog dat in de genoemde arresten steeds de *benadelingsvraag* centraal stond. Uit de hierna volgende bespreking zal duidelijk worden dat de Hoge Raad wat dit vereiste betreft op enig moment van koers lijkt te zijn veranderd. Uit het arrest Hanzenbank/Van Elswijk uit 1927 kan nog worden afgeleid dat een rechtshandeling die de benadeling niet zelf heeft veroorzaakt, maar deze wel mogelijk heeft gemaakt, slechts *onder bepaalde omstandigheden* rechtens wordt geacht tot benadeling van schuldeisers te hebben geleid. Uit de arresten Bosselaar q.q./Interniber I uit 1992 en Van Dooren q.q./ABN AMRO II uit 2005 volgt daarentegen dat dit thans *steeds* het geval is. Het antwoord op de vraag of een dergelijke rechtshandeling met succes kan worden aangevochten lijkt dus ook volgens de Hoge Raad niet meer in het benadelingsvereiste, maar (vooral) in de subjectieve vereisten voor vernietiging te moeten worden gezocht.⁸⁵

3.2.4.4.2. Hanzebank/Van Elswijk

Een van de eerste arresten van de Hoge Raad waarin de vraag aan de orde is gekomen of een rechtshandeling die *zelf* niet tot benadeling van schuld-

⁸⁵ Zie hierover ook § 3.2.4.1-3.2.4.3 van dit hoofdstuk.

eisers heeft geleid met de actio Pauliana kan worden vernietigd, is Hanzebank/Van Elswijk.⁸⁶

Hanzebank is schuldeiser van Van Meurs en legt beslag op enkele roerende zaken die zich bij Van Meurs bevinden. Van Elswijk vordert opheffing van dit beslag. De zaken behoren niet meer tot het vermogen van Van Meurs, omdat hij deze voor een reële koopprijs aan Van Elswijk heeft overgedragen. Hanzebank vordert nietigverklaring van de aan deze overdrachten ten grondslag liggende overeenkomsten op grond van art. 1377 BW (oud). Door deze overeenkomsten zou zij zijn benadeeld in haar verhaalsmogelijkheden. De benadeling is er volgens haar in gelegen dat Van Meurs de krachtens de overeenkomsten met Van Elswijk ontvangen koopsommen heeft aangewend om enkele vorderingen van zijn crediteuren – niet zijnde Hanzebank – te voldoen. Het Hof's-Gravenhage wijst de vordering van Hanzebank af. Van benadeling door de aangevochten overeenkomsten is geen sprake, omdat voor de verkochte zaken een reële prijs is bedongen en deze ook daadwerkelijk door Van Elswijk is betaald, zo is de redenering van het hof. In cassatie staat de benadelingsvraag centraal.

Door Hanzebank wordt in cassatie onder meer betoogd dat het hof art. 1377 BW (oud) verkeerd heeft toegepast door te beslissen:

"(...) dat het zonder belang is na te gaan wat van Meurs met de ontvangen kooppenningen heeft gedaan, hoe zijn vermogenstoestand was en in hoeverre appellant daarvan op de hoogte was; Immers juist de *considerans van koper en verkoper* [cursiveering: RJvdW], die de aanleiding is geweest op (om) deze kooptransacties te effectueren, nl. om eenige crediteuren, althans een crediteur te kunnen betalen, wetende – althans overtuigd zijnde – dat de vermogenstoestand van van Meurs niet toeliet volledige betaling van alle crediteuren, wettigt de actie ex. art. 1377 B.W. ook al zijn de kooptransacties inderdaad geschied tegen reële koopprijzen en al zijn deze koopprijzen betaald."

Hoewel de aangevochten overeenkomst zelf niet tot benadeling heeft geleid, brengt de omstandigheid dat deze is gesloten met het *doel* de – nadelige – betaling te kunnen verrichten mee dat het beroep op de actio Pauliana toch moet kunnen slagen (indien ook aan alle overige vereisten is voldaan), zo is het betoog van Hanzebank. Het resultaat van deze benadering komt mij billijk voor. Heeft de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst niet alleen de wetenschap dat de schuldeisers door de betalingen zullen worden benadeeld, maar was het plaatsvinden van deze betalingen tevens zijn motief voor het sluiten van de overeenkomst, dan kan worden gezegd dat hij zich onoorbaar jegens de schuldeisers heeft gedragen. Een beroep op de (faillissements)pauliana moet in dat geval kunnen slagen.

86 HR 17 februari 1927, NJ 1927, p. 1031 e.v., nt. EMM (*Hanzebank/Van Elswijk*). Mogelijk ligt een soortgelijke casus ten grondslag aan HR 3 juli 1911, W. 9169 (*Van der Wall Jonkers q.q.*). Laatstgenoemd arrest is op dit punt echter niet geheel duidelijk.

In zijn conclusie voor het arrest reageert P-G Noyon als volgt op het door Hanzenbank voorgedragen cassatiemiddel:

"Ik doe opmerken dat van den considerans van kooper en verkoper, waarop in het middel beroep wordt gedaan, en die de aanleiding zoude zijn geweest voor de kooptransacties, namelijk de bedoeling dat aan eenige crediteuren, althans aan éénen crediteur, betaling zoude kunnen worden gedaan in verband met de overtuiging dat Van Meurs niet alle zijne crediteuren zoude kunnen betalen, uit het arrest niet blijkt. Er staat dus niets anders vast dan verkoop niet beneden de waarde en betaling van de kooprijzen. Het Hof beslist nu terecht dat deze feiten *op zich zelve* [cursivering: R]vdW] niet tot toepassing van art. 1377 B.W. kunnen leiden."

Nu uit de feiten niet volgt dat de aangevochten overeenkomst is gesloten met het door Hanzebank gestelde doel dient met de gevolgen van de betaling(en) bij de benadelingsvraag geen rekening te worden gehouden, zo is het oordeel van P-G Noyon. Hij verwierpt het cassatieberoep en wordt daarin gevolgd door de Hoge Raad die overweegt:

"(...) dat, wat er zij van de stelling, dat reeds de omstandigheid, dat van Meurs voor de door hem aan van Elswijk verkochte goederen een prijs heeft bedongen en ontvangen, die niet beneden hun waarde is, de mogelijkheid, dat de verkoop de schuldeischers heeft benadeeld, uitsluit, het Hof terecht zoodanige benadeeling in het onderhavige geval niet heeft aangenomen; dat toch naar de voorstelling van de Hanzebank de koopprijs is besteed tot betaling van schulden van Van Meurs, terwijl niet is beweerd, dat die schulden niet opeischbaar waren; dat echter de nietigheid van de voldoening van opeischbare schulden, uithoofde van daarin voor andere schuldeischers liggende benadeeling, uitsluitend kan worden ingeroepen in de gevallen omschreven bij artikel 47 Fw., waarvan in deze geen sprake is; dat dus de handeling, die naar de voorstelling van de Hanzebank in deze onmiddellijk de schuldeischers van Van Meurs zou hebben benadeeld – te weten de betaling van een of meer hunner ten koste van een of meer der overigen – nimmer langs den weg van artikel 1377 B.W. zou kunnen worden aangetast; dat *onder deze omstandigheden* [cursivering: R]vdW] dit artikel evenmin met vrucht kan worden aangewend om de handeling aan te tasten, die de benadeeling niet onmiddellijk heeft veroorzaakt en niet meer heeft gedaan dan de voldoening van opeischbare schulden, waarover, als gezegd, de andere schuldeischers zich rechtens niet kunnen beklagen, mogelijk maken."

De Hoge Raad neemt als uitgangspunt dat de aangevochten rechtshandeling zelf tot benadeling van schuldeisers moet hebben geleid, maar houdt ruimte om in bepaalde gevallen een uitzondering te maken. Dit laatste volgt uit het feit dat hij zich niet uitlaat over de juistheid van de stelling 'dat reeds de omstandigheid, dat van Meurs voor de door hem aan van Elswijk verkochte goederen een prijs heeft bedongen en ontvangen, die niet beneden hun waarde is, de mogelijkheid, dat de verkoop de schuldeischers heeft benadeeld, uitsluit'. Ook uit de verwijzing naar de omstandigheden van het geval volgt dat de Hoge Raad niet heeft willen uitsluiten dat de aangevochten rechtshandeling onder andere omstandigheden wel

geacht had moeten worden tot benadeling van schuldeisers te hebben geleid. Welke omstandigheden in dit verband een rol kunnen spelen wordt echter niet aangegeven.

3.2.4.4.3. Burghgraef/Zeven q.q.

In het arrest Burghgraef/Zeven q.q. betrof het wederom een geval waarin de aangevochten rechtshandeling niet zelf tot benadeling van schuldeisers heeft geleid.⁸⁷

J.F. Burghgraef en zijn broer L. Burghgraef komen overeen dat J.F. Burghgraef bepaalde goederen voor een afgesproken koopprijs aan L. Burghgraef zal overdragen; L. Burghgraef zal deze goederen vervolgens terug verhuren aan J.F. Burghgraef. Beide partijen komen hun verplichtingen uit deze overeenkomst na. De koopsom die J.F. Burghgraef voor de goederen in ontvangst heeft genomen, gebruikt hij nog dezelfde dag om een gedeelte van de schuld die hij aan L. Burghgraef heeft te betalen. Nadat J.F. Burghgraef failliet is verklaard, gaat zijn curator met een beroep op art. 42 Fw over tot vernietiging van de desbetreffende koopovereenkomst. Zowel in de procedure bij de Rechtbank Winschoten, als die bij het Hof Leeuwarden, stelt L. Burghgraef zich op het standpunt dat niet de *koopovereenkomst*, maar de *betaling* door J.F. Burghgraef van zijn schuld aan hem, de schuldeisers heeft benadeeld. De curator had volgens hem daarom de betaling moeten aanvechten, niet de koopovereenkomst.

Het beroep op de faillissementspauliana slaagt. Het doel van partijen om met de aangevochten koopovereenkomst de nadelige betaling mogelijk te maken, heeft hierbij een doorslaggevende rol gespeeld, zo blijkt uit de volgende overweging van het hof:

"Appellant blijft evenwel tegenover bovenstaande desbetreffende overweging van de Rechtbank, waarin deze als *doel* [cursivering: RJvdW] van koop en aflossing voor appellant aangeeft, een zoo groot mogelijk deel van zijne vordering binnen te krijgen, in gebreke, om aan te toonen de onjuistheid hiervan en om zijnerzijds eene andere *bedoeling* [cursivering: RJvdW] van deze transactie aan te geven en aannemelijk te maken. Tusschen partijen staat vast, dat appellant bij den later gefailleerde op betaling aandrang en dat de geheele transactie op één dag haar beslag kreeg. Zonder de koopovereenkomst was iedere kans op aflossing voor appellant uitgesloten. Mitsdien moet onder deze omstandigheden worden aangenomen, dat aflossing bij deze transactie domineerde en ook het *doel* [cursivering: RJvdW] der koopovereenkomst bepaalde en met deze eene voortgezette handeling uitmaakt."

Uit het feit dat L. Burghgraef vóór het sluiten van de koopovereenkomst bij J.F. Burghgraef op betaling heeft aangedrongen en vervolgens op dezelfde dag zowel tussen partijen een koopovereenkomst wordt gesloten als met de ontvangen koopsom een deel van de vordering van L. Burghgraef

87 HR 30 april 1931, NJ 1931, p. 1275 e.v. (*Burghgraef/Zeven q.q.*).

wordt betaald, leidt het hof af dat deze overeenkomst is gesloten met het doel de betaling aan L. Burghgraef mogelijk te maken. De betaling is volgens het hof daarom een 'voortgezette handeling' van de overeenkomst. Men zou ook kunnen zeggen dat er sprake is van een voor schuldeisers nadelig 'samenstel van rechtshandelingen'. Het bovenstaande laat zien dat de onderhavige problematiek ook in dit arrest (nog) wordt benaderd vanuit het benadelingsvereiste, meer in het bijzonder het vereiste dat tussen de aangevochten rechtshandeling en de uiteindelijke benadeling causaal verband moet bestaan.

In cassatie wordt door L. Burghgraef betoogd dat het hof art. 42 e.v. Fw verkeerd heeft toegepast door zijn stelling, dat niet de aangevochten *overeenkomst*, maar de *betaling* de benadeling heeft veroorzaakt, te verwerpen:

"(...) niettegenstaande het door de wet gevorderde oorzakelijk verband tusschen den door verweerder bestreden verkoop enerzijds en de benadeeling der schuldeischers in het faillissement anderzijds, ten dezen ontbrak en het bestaan van zoodanig verband op 's Hofs beslissing niet rechtvaardigende gronden bij het bestreden arrest is aangenomen, althans in het midden gelaten."

P-G Tak concludeert tot verwerping van het cassatieberoep:

"Immers de beteekenis van 's Hofs arrest schijnt mij deze, dat het niet aanneemt, dat eerst de verkoop der goederen plaats vond en daarna de aflossing der schuld, maar dat het verkoop en aflossing als ééne handeling beschouwt. Waar dit nu eene feitelijke beslissing is, vormen beide fasen dier handeling als een onverbrekkelijk geheel gelijkwaardig het oorzakelijk verband voor de benadeeling der crediteuren."

De Hoge Raad volgt P-G Tak en verwerpt het cassatieberoep. Hij overweegt omtrent het cassatiemiddel dat:

"(...) ten onrechte wordt uitgegaan van de stelling, dat door den Curator de verkoop der goederen als zoodanig zou zijn bestreden en dat het Hof zou hebben aangenomen, dat door dien verkoop benadeeling der schuldeischers in het faillissement is teweeggebracht; dat immers, gelijk uit bovenstaande blijkt, Mr. Zeven, in zijn verweer tegen de door Burghgraef ingestelde vordering, niet den verkoop op zich zelf maar de door hem als één geheel beschouwde transactie van verkoop en aflossing der schuld heeft aangetast, en het Hof, dat verweer gegrond achtend, ook heeft aangenomen, dat de beide deelen der transactie zoo onverbrekkelijk waren verbonden, dat in werkelijkheid de roerende goederen, die het voorwerp der koopovereenkomst uitmaakten, hebben gediend tot aflossing der schuld; dat dus het middel feitelijken grondslag mist."

Anders dan L. Burghgraef in het cassatiemiddel stelt, heeft het hof bij zijn oordeel volgens de Hoge Raad wel degelijk een verband gelegd tussen de aangevochten rechtshandeling en de uiteindelijke benadeling van schuld-

eisers. Het hof heeft de koopovereenkomst en de betaling als 'één geheel beschouwde transactie' aangemerkt.⁸⁸ Het cassatiemiddel gaat dus uit van een onjuiste lezing van het arrest van het hof.

De Hoge Raad heeft zich in dit arrest niet hoeven uitspreken over de vraag of de koopovereenkomst rechtens tot benadeling van schuldeisers had geleid indien van een als 'één geheel beschouwde transactie' geen sprake was geweest. Wel kan worden geconstateerd dat het hof met zijn oordeel de in het arrest Hanzebank/Van Elswijk ingeslagen weg lijkt voort te zetten. Aan het benadelingsvereiste was volgens het hof slechts voldaan, omdat er een samenhang was tussen de aangevochten rechtshandeling en de rechtshandeling die de benadeling rechtstreeks heeft veroorzaakt. Deze samenhang bestond erin dat partijen bij het verrichten van de aangevochten rechtshandeling het doel hadden hiermee de nadelige rechtshandeling mogelijk te maken.⁸⁹

Het is mijns inziens in beginsel aan de curator om te stellen en te bewijzen dat van een dergelijke 'bijkomende omstandigheid' sprake is.⁹⁰ Is degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling is verricht tevens betrokken bij het rechtsfeit dat de benadeling heeft veroorzaakt, dan kan dit voor de rechter echter een reden zijn een voor tegenbewijs vatbaar vermoeden aan te nemen dat het bedoelde oogmerk aanwezig was. Bakkerus en Verdaas komen in dergelijke casus tot een vergelijkbaar resultaat. Zij werken echter niet met bewijsvermoedens, maar met een materieel criterium voor vernietiging. Zo wordt door hen aangenomen dat een overeenkomst waarin nieuw krediet wordt verschaft tegen zekerheid in beginsel niet kan worden vernietigd, maar een uitzondering geldt als het krediet gebruikt wordt om een bestaand ongesecureerd krediet van *dezelfde kredietgever* af te lossen.⁹¹ De kredietgever is in dat geval bij beide rechtshandelingen – de kredietovereenkomst en de betaling – betrokken. Een vergelijkbare situatie is die waarin de schuldenaar een overeenkomst aangaat en de daaruit voortvloeiende vordering op zijn wederpartij wordt verrekend

88 De Hoge Raad gaat er zelfs van uit dat het samenstel van verkoop en betaling *als zodanig* is vernietigd. Zie over de vraag of dit mogelijk is § 2.3.2 van hoofdstuk 3.

89 Zie voor een vergelijkbare benadering Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1998, JOR 1998/156, r.o. 10.

90 Bovendien zal hij moeten beargumenteren waarom deze bijkomende omstandigheid tot de conclusie leidt dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich onoorbaar heeft gedragen ten opzichte van de schuldeisers.

91 Zie Bakkerus 2000, p. 169-170; Verdaas 2006-I, p. 32 en Verdaas 2006-II, p. 34. De genoemde situatie is ontleend aan HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514, nt. LEHR (*Erbaal Amsterdamse Bank I*).

met een reeds bestaande schuld aan die wederpartij.⁹² Ook in dat geval zijn bij de aangevochten rechtshandeling en het nadelige rechtsfeit dezelfde partijen betrokken. Het aannemen van een bewijsvermoeden sluit dan qua uitkomst in veel gevallen goed aan bij situaties waarin sprake is van inbetalinggeving (art. 6:45 BW). Beide figuren hebben hetzelfde resultaat tot gevolg en zijn in een concreet geval soms moeilijk van elkaar te onderscheiden. Het zou voor de vraag of de faillissementspauliana met succes kan worden ingeroepen daarom in beginsel geen verschil mogen maken of de verrichte rechtshandelingen kwalificeren als een inbetalinggeving of als een koopovereenkomst gevolgd door verrekening.⁹³ Dit is mijns inziens slechts anders als de wederpartij van de schuldenaar het vermoeden dat de aangevochten overeenkomst is gesloten met het doel de verrekening mogelijk te maken weet te weerleggen.⁹⁴

3.2.4.4.4. Bosselaar q.q./Interniber I

Ook in het arrest Bosselaar q.q./Interniber I speelde de onderhavige problematiek.⁹⁵ De uitkomst van dit arrest is – tot op zekere hoogte – in lijn met die van de hiervoor besproken arresten Hanzebank/Van Elswijk en Burghgraef/Zeven q.q. Uit de overwegingen van de Hoge Raad lijkt echter te volgen dat hij wat betreft het benadelingsvereiste een andere weg is ingeslagen.

Interniber is een onderneming die handelt in caravans. Deze caravans worden gebouwd door Montana, een speciaal hiervoor opgerichte dochtermaatschappij van Interniber. Montana heeft van Rabobank een krediet van f 200.000 gekregen, waarvoor Interniber zich borg heeft gesteld. In de periode van 40 dagen voorafgaand aan het faillissement heeft Montana 16 stacaravans aan Interniber verkocht en geleverd voor een bedrag van f 214.640,60. Interniber heeft de koopsom betaald op de rekening van Montana bij Rabobank. Die rekening vertoonde op dat moment een debet-

92 Vgl. HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*); HR 17 november 2000, NJ 2001, 272, nt. PvS; JOR 2001/17 (*Bakker q.q./Katko*) en HR 19 december 2008, NJ 2009/220, nt. PvS; JOR 2009/172 (*Pannevis q.q./Air Holland*). Vgl. ook Hof Amsterdam 11 februari 1983, NJ 1984, 174; Rb. Haarlem 26 januari 1988, NJ 1989, 660; Hof 's-Gravenhage 23 mei 1989, NJ 1990, 596; Rb. Amsterdam 14 mei 1997, JOR 1997/87, nt. NEDF; Rb. 's-Hertogenbosch 5 september 1997, JOR 1997/131, nt. NEDF; Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1998, JOR 1998/156; Rb. Rotterdam 22 oktober 1998, JOR 1999/71; Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 1999, JOR 1999/207; Hof 's-Hertogenbosch 11 mei 1999, JOR 2000/13; Rb. Dordrecht 16 mei 2001, JOR 2001/163; Rb. 's-Gravenhage 17 oktober 2001, JOR 2002/144, nt. AvH; Rb. Haarlem 4 januari/8 februari 2002, JOR 2002/89 en Rb. Almelo 16 oktober 2002, JOR 2003/44.

93 Zie ook Faber 2005, nr. 339.

94 Zie voor een voorbeeld waarin dit zich zou kunnen voordoen § 3.2.4.4.4 van dit hoofdstuk.

95 HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526 (*Bosselaar q.q./Interniber I*).

saldo van f 214.753,21. Door de verrekening in rekening-courant die de betaling tot gevolg heeft gehad, is nagenoeg het gehele debetsaldo van Montana aangezuiverd. Voor Interniber betekende dit dat zij niet meer door Rabobank onder de borgtocht zou kunnen worden aangesproken. Nadat Montana failliet is verklaard gaat de curator op grond van art. 42 Fw over tot vernietiging van de tussen Montana en Interniber gesloten koopovereenkomst.

Zowel door de Rechtbank Haarlem als het Hof Amsterdam wordt de vordering van de curator afgewezen. In beide instanties wordt geoordeeld dat van benadeling geen sprake is. Het hof overweegt als volgt:

"Daarlatende de vraag of een (voor)verkoop als bedoeld heeft plaatsgehad, moet worden vooropgesteld dat, *behoudens bijzondere omstandigheden* [cursivering: RJvdW], de schuldeisers van Montana eerst dan door de verkoop en (af)levering van bedoelde zestien stacaravans benadeeld kunnen zijn indien Interniber voor deze zaken een lagere dan de normale of marktprijs heeft betaald."⁹⁶

Het wordt niet meteen duidelijk wat het hof met de verwijzing naar 'bijzondere omstandigheden' bedoelt. Als het hof hiermee wijst op de mogelijkheid dat de aangevochten rechtshandeling deel uitmaakt van een voor schuldeisers nadelig samenstel van rechtshandelingen, dan is deze verwijzing tegen de achtergrond van de arresten Hanzebank/Van Elswijk en Burghgraef/Zeven q.q. goed te begrijpen. Het ligt echter niet voor de hand dat het hof dit met de verwijzing naar 'bijzondere omstandigheden' heeft bedoeld. Dit blijkt met name uit zijn volgende overweging:

"Gesteld wordt [door de curator: RJvdW] dat behoudens tegenbewijs zou moeten worden aangenomen dat het bij deze transactie onmiskenbaar de *bedoeling* [cursivering: RJvdW] van partijen was de bankschuld, waarvoor Interniber borg stond, voor het faillissement van Montana zoveel mogelijk tot een lager bedrag terug te brengen. Deze stelling, wat daarvan zij, kan (...) niet afdoen aan het feit dat de gewraakte transactie niet tot verdere vermogensvermindering van Montana heeft geleid."⁹⁷

In afwijking van wat uit de arresten Hanzebank/Van Elswijk en Burghgraef/Zeven q.q. volgt, lijkt het hof op het uitgangspunt dat de aangevochten rechtshandeling zelf tot benadeling van schuldeisers moet hebben geleid, geen uitzondering mogelijk te achten.⁹⁸ Zelfs als de overeenkomst zou zijn gesloten met het doel de verrekening – het nadelige rechtsfeit – moge-

96 R.o. 4.5 van het arrest van het Hof Amsterdam.

97 R.o. 4.8 van het arrest van het Hof Amsterdam.

98 Kennelijk doelde het hof met 'bijzondere omstandigheden' slechts op situaties waarin de aangevochten koopovereenkomst zelf tot benadeling van schuldeisers leidt, ondanks dat sprake is van een reële koopprijs. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als de schuldenaar een goed voor een reële prijs verkoopt en levert, maar de koper voor de verschuldigde koopsom onvoldoende verhaal biedt, zie HR 3 oktober 1980, *NJ* 1980, 643, nt. GJS (*Imperial/Waanders*).

lijk te maken, is volgens het hof niet aan het benadelingsvereiste voldaan. Van een vermogensvermindering is immers geen sprake, aldus het hof. Het cassatiemiddel klaagt dat deze benadering te strikt is en niet overeenkomt met het geldende recht. De Hoge Raad gaat over tot cassatie. Hij overweegt:

"De klacht is gegrond. Van benadeling in de zin van art. 42 Fw is sprake wanneer de schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Daarvan *kan* [cursivering: R]vdW] ook sprake zijn wanneer voor geleverde zaken een redelijke prijs is betaald, zodat het vermogen van de nadien gefailleerde per saldo niet is verminderd. Dit geval *doet zich hier voor* [cursivering: R]vdW]. Het moge zo zijn dat als gevolg van de levering van de caravans aan Interniber de schuld van Montana aan de Rabobank is afgenomen met een bedrag dat niet lager is dan de vermoedelijke executie-opbrengst van de caravans, zodat het vermogen van Montana per saldo niet is verminderd, dit neemt echter niet weg dat zonder de door de curator gewraakte transactie de opbrengst van de caravans beschikbaar zou zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers."⁹⁹

In de eerste twee volzinnen van bovenstaande overweging geeft de Hoge Raad aan dat de door het hof aangelegde maatstaf onjuist is, omdat benadeling zich ook *kan* voordoen als voor de verkochte goederen een reële prijs is betaald. Dit oordeel van de Hoge Raad is in lijn met de op dat moment bestaande jurisprudentie. In het vervolg van zijn overweging gaat de Hoge Raad echter verder door vast te stellen *dat* in het onderhavige geval van benadeling sprake *is*.¹⁰⁰ Zonder de gewraakte 'transactie' was de opbrengst van de caravans wel beschikbaar geweest voor de gezamenlijke schuldeisers, aldus de Hoge Raad. Zie ik het goed, dan doelt de Hoge Raad met de gewraakte 'transactie' niet alleen op de door de curator aangevochten overeenkomst, maar ook op de – niet door de curator aangevochten – verrekening in rekening-courant. Zonder deze verrekening zou van benadeling van schuldeisers geen sprake zijn geweest. De vordering die Montana – als gevolg van de girale betaling door Interniber – op Rabobank had verkregen was dan niet tenietgegaan, waardoor de schuldeisers van Montana zich hierop in plaats van op de overgedragen caravans hadden kunnen verhalen.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad bij het beantwoorden van de vraag of de overeenkomst tot benadeling heeft geleid ook de gevolgen van de verrekening meeweegt. Gelet op de destijds geldende stand van de jurisprudentie

99 R.o. 3.2.

100 Zie ook A-G Biegman-Hartogh in haar conclusie voor dit arrest onder 3.5. De Hoge Raad, noch de A-G schenkt aandacht aan het feit dat de benadeling door een ander rechtsfeit dan de aangevochten rechtshandeling is veroorzaakt.

was dit alleen toegestaan als in feitelijke instantie was komen vast te staan dat beide deel uitmaakten van hetzelfde samenstel van rechtshandelingen. Of sprake was van een samenstel, was – zo volgde eveneens uit de jurisprudentie – (onder meer) afhankelijk van het doel dat partijen nastreefden met de aangevochten rechtshandeling. In het onderhavige geval is dit doel niet duidelijk geworden. Het hof heeft de stelling van de curator, dat op voorhand moest worden aangenomen dat partijen het doel hadden om met de koopovereenkomst de verrekening mogelijk te maken, immers expliciet in het midden gelaten.

De vraag rijst tot welk oordeel het hof was gekomen als het wel op de hiervoor genoemde stelling van de curator was ingegaan. Het aannemen van een voor tegenbewijs vatbaar vermoeden dat partijen bij de aangevochten rechtshandeling het doel hadden de verrekening mogelijk te maken, had mijns inziens kunnen worden gerechtvaardigd door het feit dat Interniber als gevolg van het (vermeende) samenstel van rechtshandelingen was bevoordeeld. Door het tenietgaan van nagenoeg de gehele schuld van Montana aan Rabobank zal Interniber niet door Rabobank onder de borgtocht worden aangesproken. Anders dan het geval zou zijn geweest als Interniber zich niet borg had gesteld voor de schulden van Montana, is het Interniber – en dus niet Rabobank – die door de verrekening is bevoordeeld.¹⁰¹ Dit geeft haar betrokkenheid bij de koopovereenkomst een verdacht karakter. Hetzelfde zou hebben gegolden als het voordeel terecht was gekomen bij een partij aan wie Interniber nauw verbonden was. De Hoge Raad heeft in zijn overwegingen geen aandacht besteed aan het bestaan van de borgtocht. Toch wordt er in de literatuur van uitgegaan dat de vernietiging in het onderhavige geval wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat Interniber borg stond voor de schuld van Montana aan Rabobank.¹⁰²

Als het hof was meegegaan in de stelling van de curator 'dat behoudens tegenbewijs zou moeten worden aangenomen dat het bij deze transactie onmiskenbaar de bedoeling van partijen was de bankschuld, waarvoor Interniber borg stond, voor het faillissement van Montana zoveel mogelijk tot een lager bedrag terug te brengen', dan zou Interniber er wellicht in zijn geslaagd dit vermoeden te ontzenuwen. Op grond van de aan het arrest ten grondslag liggende feiten is verdedigbaar dat de gevolgde gang

101 De verrekening heeft in beginsel niet tot voordeel voor Rabobank geleid. Als het debetsaldo van Montana niet was aangezuiverd, had de bank Interniber op grond van de borgtocht kunnen aanspreken. Anders Rank 1992, p. 78.

102 Vgl. J.J. van Hees 1997, p. 572-573; Frieling 2004-II, p. 178, voetnoot 13; Verdaas 2006-I, p. 34 en Jol en Verhoeven 2010, p. 229, voetnoot 9.

van zaken voor partijen '*business as usual*' was en de aangevochten overeenkomst dus niet was gesloten met het doel de verrekening mogelijk te maken. Zo was Montana door Interniber opgericht om als exclusieve productiemaatschappij voor Interniber te dienen, zijn alle ooit door Montana geproduceerde caravans ook daadwerkelijk door Interniber afgenomen en had Montana geen eigen verkoopapparaat. Bovendien werden de door Interniber verschuldigde koopsommen steeds door Interniber op de door Montana bij Rabobank aangehouden rekening betaald, aangezien Montana geen andere bankrekening had.

Gelet op de feiten is de uitkomst van het arrest mijns inziens niet erg verrassend.¹⁰³ Belangrijker is dat uit de overwegingen van de Hoge Raad lijkt te volgen dat bij de vraag of een rechtshandeling tot benadeling heeft geleid, *steeds* met de nadelige gevolgen van andere rechtsfeiten rekening mag worden gehouden. Hiermee zou worden afgeweken van de lijn die volgt uit (de uitkomst van) de arresten Hanzebank/Van Elswijk en Burghgraef/Zeven q.q. De vraag of een onverplicht verrichte rechtshandeling die de benadeling niet zelf heeft veroorzaakt op grond van art. 42 Fw kan worden vernietigd, spitst zich hierdoor nog slechts toe op het vereiste van wetenschap van benadeling. Naar geldend recht komt bij dit vereiste geen betekenis toe aan het doel van partijen bij de aangevochten rechtshandeling.

3.2.4.4.5. Van Dooren q.q./ABN AMRO II

Uit het arrest Bosselaar q.q./Interniber I leek al te volgen dat de Hoge Raad met betrekking tot het benadelingsvereiste een andere weg is ingeslagen. Na het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO II kan hierover mijns inziens geen twijfel meer bestaan.¹⁰⁴

In 1991 heeft ABN AMRO aan een groep ondernemingen, waaronder Hendriks Beheer, een krediet in rekening-courant verstrekt van f 8.000.000. Nadat de groep in financiële moeilijkheden is komen te verkeren hebben ABN AMRO en Hendriks Beheer eind 1993 overeenstemming bereikt over een verhoging van het kredietplafond tot f 9.000.000. Tot zekerheid van (onder meer) dit additionele krediet heeft Hendriks Beheer een hypotheekrecht gevestigd op drie aan haar toebehorende onroerende zaken. Het additionele krediet is door Hendriks Beheer vervolgens gebruikt om enkele

¹⁰³ Na vernietiging van het arrest van het Hof Amsterdam, verwijst de Hoge Raad de zaak naar het Hof 's-Gravenhage. Ook dit hof wijst de vordering van de curator niet toe. Het stelt vast dat de aangevochten koopovereenkomst geen *onverplicht* verrichte, maar een *verplicht* verrichte rechtshandeling is, waardoor het beroep van de curator op art. 42 Fw niet kan slagen. Dit oordeel wordt in cassatie door de Hoge Raad in stand gelaten, zie HR 12 april 1996, NJ 1996, 488 (Bosselaar q.q./Interniber II).

¹⁰⁴ HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457, nt. PvS; JOR 2005/230, nt. JJvH (Van Dooren q.q./ABN AMRO II).

schuldeisers te voldoen. Nadat het faillissement van Hendriks Beheer is uitgesproken, gaat de curator met een beroep op art. 42 Fw over tot vernietiging van de in 1993 gesloten kredietovereenkomst. In deze overeenkomst had Hendriks Beheer zich verplicht tot het vestigen van de desbetreffende hypotheekrechten.

Een van de in het geding zijnde vragen was of de aangevochten overeenkomst tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Met betrekking tot deze vraag overweegt het Hof Arnhem in zijn eindarrest dat:

"De vraag of de onderhavige onverplichte toezegging tot zekerheidstelling door Hendriks Beheer jegens de bank in de overeenkomst van 5 november 1993 heeft geleid tot benadeling van de andere (dan de bank) faillissementsschuldeisers van Hendriks Beheer moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de overige faillissementsschuldeisers zouden hebben verkeerd zonder deze zekerheidsstelling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft. In dit geval is van belang dat onder meer deze zekerheidstelling een voorwaarde was voor de op 5 november 1993 overeengekomen verhoging van het krediet in rekening-courant met 1 miljoen gulden (rechtsoverweging 3.7 van het tussenarrest van 23 juli 2002). Voor deze vergelijking moet in kaart worden gebracht (...) wat de gevolgen zijn voor de verhaalsmogelijkheden van de overige faillissementsschuldeisers van Hendriks Beheer van de toezegging tot zekerheidstelling door Hendriks Beheer en de verhoging van de kredietlimiet door de bank na 5 november 1993. Tot die gevolgen behoren alle ten laste van Hendriks Beheer en ten behoeve van de bank bij (inschrijving van de) hypotheekakte van 3 december 1993 gevestigde zekerheden. Verder moet worden nagegaan wat na die tijd (5 november 1993) met die extra kredietruimte van 1 miljoen gulden is gedaan (eventuele aflossingen en eventuele opnames binnen de kredietruimte) en wat daarvan het effect was op de verhaalsmogelijkheden van de overige faillissementsschuldeisers van Hendriks Beheer."¹⁰⁵

En voorts:

"Voorzover na 5 november 1993 [het moment waarop de aangevochten rechtshandeling is verricht: R]vdW] schuldeisers zijn voldaan die anders bij gebreke van voormelde zekerhentoezegging en -verschaffing ten nadele van de huidige andere (dan de bank) faillissementsschuldeisers een uitkering uit de boedel konden verwachten, komt het bedrag ter grootte van die laatstbedoelde uitkering bij de bepaling van de benadeling van die schuldeisers in mindering op de uit het verhaalsvermogen verdwenen zekerheden. Indien dat bedrag gelijk is aan of groter is dan deze waarde, is er van benadeling geen sprake. De curator heeft, hoewel zulks uitdrukkelijk door het hof is verzocht, nagelaten aan te geven hoe die verschillende fluctuaties na 5 november 1993 zijn opgebouwd (welke aflossingen en welke betalingen van (welke) schuldeisers hebben plaatsgevonden), zodat onduidelijk is voor welk bedrag na 5 november 1993 schuldeisers ten laste van het rekening-courantkrediet zijn voldaan die anders bij gebreke van voormelde zekerhedenverschaffing ten nadele van de huidige faillissementsschuldeisers een uitkering uit de boedel konden verwachten."¹⁰⁶

105 Hof Arnhem 23 juli 2002, JOR 2004/85, nt. Abendroth, r.o. 2.1.

106 R.o. 2.6.

Ter beantwoording van de vraag of de overeenkomst tot benadeling heeft geleid moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin de schuldeisers zonder deze overeenkomst zouden hebben verkeerd en de situatie waarin zij verkeren als de overeenkomst in stand blijft.¹⁰⁷ Bij de laatstgenoemde situatie moet volgens het hof niet alleen rekening worden gehouden met de gevolgen van de aangevochten overeenkomst zelf, maar moet ook worden nagegaan hoe de op grond van die overeenkomst verkregen kredietruimte is besteed. Op het eerste gezicht lijkt het alsof het hof hiermee bedoelt dat de mogelijk *nadelige* gevolgen van de betalingen uit de kredietruimte, moeten worden meegewogen bij het beantwoorden van de vraag of de op zichzelf niet nadelige kredietovereenkomst tot benadeling heeft geleid. Uit de laatste hierboven geciteerde rechtsoverweging volgt echter dat het hof van een geheel andere benadering uitgaat. Het lijkt aan te nemen dat aan de bedoelde betalingen juist potentieel *gunstige* gevolgen voor de schuldeisers zijn verbonden. De gedachte is kennelijk dat het nadeel dat door de aangevochten kredietovereenkomst zou zijn veroorzaakt (deels) kan worden opgeheven door de mogelijk gunstige gevolgen van de betalingen.¹⁰⁸ Het voordeel zou dan 'in mindering' worden gebracht op het nadeel.

De *uitkomst* van de door het hof gemaakte berekening lijkt mij juist. Van benadeling is geen sprake voor zover uit het krediet schuldeisers zijn betaald die – zou de betaling niet hebben plaatsgevonden – tijdens het faillissement van Hendriks Beheer een uitkering van minimaal dezelfde omvang zouden hebben gekregen. Er is dan geen sprake van een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde (en ook niet van een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar).¹⁰⁹ De *gedachtegang* die aan de berekening van het hof ten grondslag ligt, berust echter op een verkeerde voorstelling van zaken. Dat van benadeling geen sprake is voor zover uit het krediet schuldeisers zijn betaald die in faillissement een uitkering van minimaal dezelfde omvang zouden hebben gekregen, komt niet doordat de 'gunstige gevolgen' van de betalingen opwegen tegen de 'negatieve

107 Zie HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654; JOR 2001/269, nt. NEDF (*Diepstraten q.q./Gilhuis*), waarover § 5.1 van hoofdstuk 4.

108 In deze benadering zou het overigens voor de hand hebben gelegen dat het hof, overeenkomstig de regels die gelden voor toerekening van voordeel bij een vordering tot schadevergoeding (art. 6:100 BW), de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot de vermeende voordelen op de aangesproken partij – ABN AMRO – zou hebben doen rusten, zie ook Frieling 2004-I, p. 178-179. Het was in het onderhavige geval echter de curator die moest aangeven wat er in de periode na de zekerheidsverschaffing met de extra kredietruimte is gebeurd, zie r.o. 3.8 en 3.9 van het tussenarrest.

109 Zie § 3.3 van hoofdstuk 4.

gevolgen' van de kredietovereenkomst (en de daarin opgenomen verplichting tot zekerheidstelling). Dat schuldeisers in dat geval niet worden benadeeld, volgt uit het feit dat van beide rechtshandelingen positieve noch negatieve gevolgen voor hen uitgaan.¹¹⁰ Het hof had daarom als uitgangspunt moeten nemen dat de aangevochten kredietovereenkomst niet tot benadeling heeft geleid. Slechts als vaststaat dat de betalingen uit de kredietruimte benadeling tot gevolg hebben gehad, komt de kredietovereenkomst voor vernietiging in aanmerking. Uit het arrest Bosselaar q.q./Interniber I lijkt te volgen dat door dergelijke *betalingen* veroorzaakt nadeel zonder meer mag worden meegenomen bij het beantwoorden van de vraag of de *kredietovereenkomst* tot benadeling van schuldeisers heeft geleid.¹¹¹ Zolang echter niet vaststaat hoe het krediet is besteed, is onduidelijk of er überhaupt sprake is van benadeling.¹¹²

Inspiratie voor de gekozen benadering lijkt het hof te hebben geput uit het arrest Curatoren Eneca/BACM.¹¹³ In dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen 'dat wanneer het verrichten van een handeling door de schuldenaar een noodzakelijke voorwaarde is voor een gedraging van degene met wie of te wiens behoeve de handeling werd verricht, de voor andere schuldeisers gunstige gevolgen van die gedraging van de wederpartij van de schuldenaar niet buiten beschouwing gelaten mogen worden bij de beantwoording van de vraag of zij door de handeling van de schuldenaar benadeeld zijn'. In zijn tussenarrest verwijst het hof expliciet naar dit arrest.¹¹⁴ Hoewel ik tegen de door de Hoge Raad in het arrest Curatoren Eneca/BACM gegeven rechtsregel op zichzelf weinig bezwaren heb,¹¹⁵ is de verwijzing naar dit arrest ongelukkig. Anders dan in het onderhavige geval betrof het in het arrest Curatoren Eneca/BACM – kort gezegd – een zekerheidstelling

110 Het is onjuist dat de voldoening van bepaalde schuldeisers door de schuldenaar een positief effect zou kunnen hebben op het uitkeringspercentage van de overige schuldeisers. In het beste geval leidt de voldoening niet tot benadeling. Dit is het geval als de schuldeisers van wie de vordering is voldaan ingeval van faillissement een uitkering van vergelijkbare omvang hadden gekregen.

111 Zie § 3.2.4.4.4 van dit hoofdstuk.

112 Anders bijvoorbeeld Wibier 2003, p. 731 en Abendroth, noot onder Hof Arnhem 23 juli 2002 en 16 december 2003, JOR 2004/85. Beide auteurs betogen dat een zekerheidstelling voor nieuw krediet steeds tot benadeling van schuldeisers leidt. Vgl. ook HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, nt. PvS; JOR 2011/19, nt. NEDF (ABN AMRO/*Van Dooren q.q. III*), r.o. 3.11.

113 HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (Curatoren Eneca/BACM).

114 Zie Hof Arnhem 23 juli 2002, JOR 2004/85, nt. Abendroth, r.o. 3.7. Daarnaast kan dit worden afgeleid uit het feit dat het hof in zijn eindarrest aangeeft het van belang te achten dat de zekerheidstelling een 'voorwaarde' was voor de overeengekomen verhoging van het krediet, zie r.o. 2.1.

115 Zie § 5.3.1 van dit hoofdstuk.

voor een *bestaand* krediet. Een dergelijke zekerheidstelling leidt in de regel zelf tot benadeling van schuldeisers. Dit geldt niet voor een zekerheidstelling voor een *nieuw* krediet of *nieuwe* kredietruimte.¹¹⁶ De overeenkomst waarin de schuldenaar zich heeft verplicht tot het vestigen van de zekerheden leidt dan niet zelf tot een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar of een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde.

De curator gaat tegen het arrest van het hof in cassatie. De Hoge Raad vernietigt het arrest en overweegt:

"De bestreden gedachtegang berust naar de kern genomen op de navolgende redenering. De curator heeft niet aannemelijk gemaakt dat het nadeel dat de faillissements-schuldeisers (behalve de bank) lijden doordat de aan de bank verleende hypotheek vermogen van Hendriks Beheer ter waarde van € 174.033,51 aan hun verhaal onttrok, groter is dan het voordeel dat zij genieten doordat het resterende voor verhaal vatbare vermogen van Hendriks Beheer over minder faillissementscrediteuren behoeft te worden verdeeld, nu andere schuldeisers van Hendriks Beheer dankzij de verhoging van het kredietplafond al voor de faillietverklaring zijn voldaan. Daarom is geen benadeling van die faillissementsschuldeisers gebleken. Deze redenering is ondeugdelijk. Een schuldenaar die ten laste van een hem verleend bankkrediet een van zijn schuldeisers voldoet, bewerkstelligt een verhoging van zijn schuld aan de bank ten bedrage van de aan die schuldeiser betaalde geldsom. Indien de bank het kredietplafond verhoogt tegen aanvullende zekerheidstelling en de schuldenaar vervolgens de vrijgekomen kredietruimte gebruikt voor de voldoening van een deel van zijn schuldeisers, brengt dat dan ook in diens totale schuldenlast geen wijziging. De bank heeft evenwel op de opbrengst van de in aanvullende zekerheid verbonden zaken voorrang verkregen boven de resterende schuldeisers, terwijl de voldane schuldeisers slechts concurrent waren. De resterende schuldeisers krijgen door een en ander derhalve in plaats van met concurrente medeschuldeisers te maken met de bank als preferent medeschuldeiser. Een dergelijke verschuiving in verhaalspositie zal, behoudens het geval dat de bank de aanvullende zekerheid niet behoeft aan te spreken tot verhaal van haar vordering, nadeel voor de resterende schuldeisers meebrengen, ongeacht voor welk bedrag er schuldeisers dankzij de verhoging van het kredietplafond zijn voldaan."¹¹⁷

Bepaalde elementen van deze overwegingen vallen op. Op de eerste plaats geeft de Hoge Raad de gedachtegang van het hof onjuist, althans onvolledig, weer. Anders dan de Hoge Raad (impliciet) stelt, heeft het hof niet overwogen dat *elke* voldoening (uit het krediet) zou leiden tot een 'voordeel' voor de overige schuldeisers van de schuldenaar. Hiervan zou volgens het hof alleen sprake zijn als de betaalde schuldeiser in geval van faillissement een uitkering van minimaal dezelfde omvang zou hebben gekre-

116 Zie § 3.3 van hoofdstuk 4. Zie ook A-G Strikwerda, conclusie voor HR 8 juli 2005, *NJ* 2005, 457, nt. PvS; *JOR* 2005/230, nt. JJvH (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*), onder 22.

117 R.o. 3.5 en 3.6.

gen. Door deze onjuiste interpretatie van het arrest van het hof lijkt het alsof niet alleen de gedachtegang die achter de berekening van het hof ligt onjuist is, maar ook alsof de uitkomst van deze berekening niet klopt. Opmerkelijk is ook de vaststelling van de Hoge Raad dat de uit het krediet voldane schuldeisers allen *concurrent* waren. Uit het arrest van het hof blijkt namelijk dat de curator heeft nagelaten duidelijk te maken welke betalingen uit het krediet hebben plaatsgevonden. Zouden uit het krediet alleen (de meest) preferente schuldeisers (naar evenredigheid van ieders vordering) zijn betaald, dan had dit onder omstandigheden tot de conclusie kunnen leiden dat van benadeling geen sprake was.¹¹⁸

De Hoge Raad komt tot de conclusie dat de aangevochten overeenkomst tot benadeling van schuldeisers leidt, tenzij de bank de op grond van die overeenkomst verworven zekerheden niet hoeft aan te spreken. Voor zover uit het gecureerde krediet concurrente crediteuren zijn voldaan, worden de overige schuldeisers van Hendriks Beheer geconfronteerd met een *preferente* medeschuldeiser (ABN AMRO) in plaats van een *concurrente* medeschuldeiser (de betaalde schuldeiser), zo overweegt hij. Hierdoor is de tussen schuldeisers bestaande rangorde verstoord. Uit het arrest Bosseelaar q.q./Interniber I lijkt te volgen dat de nadelige gevolgen van de betalingen zonder meer mogen worden meegenomen bij de vraag of de kredietovereenkomst tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Er bestaat thans geen additioneel criterium meer op grond waarvan moet worden bepaald of dit in een concreet geval is toegestaan. Of de kredietovereenkomst kan worden vernietigd hangt hierdoor nog slechts af van de vraag of partijen wetenschap van benadeling hadden. Zoals hiervoor al verdedigd, zou dit vereiste – in afwijking van het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III – mijns inziens moeten worden uitgelegd als 'wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling met een redelijke mate van waarschijnlijkheid benadeling tot gevolg zou hebben'.¹¹⁹ Met betrekking tot rechtshandelingen die de benadeling niet zelf hebben veroorzaakt is echter ook verdedigd dat deze enkele wetenschap van benadeling onvoldoende is. Mijns inziens heeft degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich dan niet zonder

118 Zie ook J.J. van Hees, noot onder HR 8 juli 2005, JOR 2005/230 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*), onder 7. Van benadeling is dan geen sprake voor zover die preferente schuldeisers in geval van faillissement een uitkering van minimaal dezelfde omvang zouden hebben gekregen. Is echter sprake van een negatieve boedel – in welk geval de preferente schuldeisers niets zouden hebben ontvangen – dan zal ook een betaling aan preferente schuldeisers tot benadeling leiden, zie § 3.2.3 van dit hoofdstuk.

119 Zie § 3.2.3 van dit hoofdstuk.

meer onoorbaar gedragen tegenover de schuldeisers. Er moeten 'bijkomende omstandigheden' zijn die maken dat dit wel het geval is.¹²⁰

De vraag rijst of uit de feiten die ten grondslag liggen aan het onderhavige arrest dergelijke omstandigheden kunnen worden afgeleid. Zoals uit (de uitkomst van) de arresten Hanzebank/Van Elswijk en Burghgraef/Zeven q.q. volgt, zou bijvoorbeeld van belang kunnen zijn of ABN AMRO bij het aangaan van de kredietovereenkomst het doel had hiermee de bewuste betalingen mogelijk te maken. Uit de feiten blijkt echter niet dat dit het geval is, of dat er redenen zijn om dit behoudens tegenbewijs te vermoeden. Een 'bijkomende omstandigheid' die in het onderhavige geval wel zou kunnen bijdragen aan de conclusie dat de bank zich onoorbaar jegens de schuldeisers van Hendriks Beheer heeft gedragen is de combinatie van de positie van de bank in het maatschappelijk verkeer, de aard van de transactie en de voorzienbaarheid van het faillissement.¹²¹ Een professionele kredietverlener draagt mijns inziens een grotere verantwoordelijkheid met betrekking tot de besteding van een tegen zekerheid verstrekt krediet, dan bijvoorbeeld een (particuliere) koper van een goed doet met betrekking tot de besteding van de door de schuldenaar ontvangen koopsom.¹²² Dit geldt temeer als de kredietverlener op het moment van de kredietverlening weet dat het faillissement van de schuldenaar niet meer kan worden voorkomen. Het krediet zal dan in de regel geen reëel doel meer kunnen dienen.¹²³ Nu zullen kredietverleners de beslissing om tot kredietverlening over te gaan in de meeste gevallen op een 'gezonde basis' nemen en niet meewerken aan een reeds op voorhand kansloze reddingspoging.¹²⁴ Zij zullen niet het risico willen lopen aansprakelijk te zijn voor bijvoorbeeld de schade die ontstaat door het wekken van een schijn van kredietwaardigheid.¹²⁵ Dit neemt niet weg dat een kredietgever in een geval waarin duidelijk is dat het faillissement niet meer kan worden voorkomen toch baat kan hebben bij het verstrekken van (additioneel) krediet tegen zeker-

120 Zie § 3.2.4.3 van dit hoofdstuk.

121 Vgl. Rb. Utrecht 26 mei 2010, JOR 2010/254, r.o. 4.19.

122 Vgl. Hof Leeuwarden 28 februari 2007, JOR 2008/141, nt. NEDF, onder 17.

123 Tegen de achtergrond van een casus waarin tegen zekerheid extra krediet wordt verleend, is het daarom begrijpelijk dat de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III zoveel waarde heeft gehecht aan de voorzienbaarheid van het faillissement (en een tekort daarin). Dit element is echter niet geschikt om in een *algemeen* criterium voor wetenschap van benadeling op te nemen, zie § 3.2.2 van dit hoofdstuk.

124 Zie Abendroth 2006, p. 56. Zie ook Abendroth, noot onder Hof Arnhem 23 juli 2002 en 16 december 2003, JOR 2004/85, onder 6; Spinath 2010, p. 142 en Wibier 2010, p. 231.

125 Zie hierover Bakkerus 2000, p. 273 e.v.

heid en hiertoe ook daadwerkelijk overgaat.¹²⁶ Het faillissement wordt hierdoor enige tijd uitgesteld, waardoor hij tijd krijgt om bijvoorbeeld (extra) zekerheden te verwerven voor een andere vordering op de schuldenaar of een bodemverhuurconstructie op te zetten.

Ter afsluiting van de bespreking van het onderhavige arrest merk ik nog op dat er mijns inziens weinig twijfel over kan bestaan dat de onderhavige kredietovereenkomst *zelf* niet tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Deze verplichtte immers slechts tot het stellen van zekerheden voor *nieuw* krediet. Dat dit krediet door ABN AMRO feitelijk al grotendeels ter beschikking was gesteld, terwijl de krediet- en zekerhedendocumentatie nog moest worden ondertekend, maakt dit niet anders (op de dag waarop de overeenkomst tot additionele kredietverschaffing is ondertekend – 5 november 1993 – bedroeg de debetstand in rekening-courant f 8.700.000, f 700.000 meer dan op grond van de in 1991 gesloten kredietovereenkomst was toegestaan). Omdat de bedoelde overstand niet kan worden teruggevoerd op de overeenkomst uit 1991, moet mijns inziens (voor toepassing van de faillissementspauliana) worden aangenomen dat reeds met het toestaan van de overstand een nieuwe overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen. Het ligt voor de hand dat art. 20 ABV (oud) ook op deze overeenkomst van toepassing was. De daarin opgenomen verplichting tot het verstrekken van zekerheden ontstaat dus met betrekking tot een op dat moment *nieuw* krediet. Dat de wederzijdse verplichtingen met betrekking tot dit nieuwe krediet pas op een later moment in de krediet- en zekerhedendocumentatie worden geformaliseerd maakt dit niet anders. Ook het feit dat de in 1993 gevestigde hypotheekrechten niet alleen tot zekerheid van het additionele krediet, maar bovendien tot zekerheid van het al in 1991 verschaft krediet strekten, leidt niet tot de conclusie dat de in 1993 gesloten overeenkomst tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. De verplichting tot het vestigen van zekerheden voor het laatstgenoemde krediet bestond al sinds 1991; de overeenkomst uit 1993 heeft hierin geen verandering gebracht.

Het feit dat de inschrijving van de hypotheekaktes op een later moment heeft plaatsgevonden dan dat waarop het krediet feitelijk ter beschikking is gesteld, is slechts van belang voor de vraag of deze *vestigingshandelingen* tot een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde hebben geleid.¹²⁷ De vraag is dan of ABN AMRO door het vestigen van de zeker-

126 Zie hierover Frieling 2004-II, p. 179.

127 In de regel zijn dit *verplicht* verrichte rechtshandelingen waarvoor de vereisten van art. 47 Fw gelden.

heidsrechten een betere positie binnen de samenloop van schuldeisers heeft verkregen dan zij *voorheen* had. Dit kan zich alleen voordoen als ABN AMRO op het moment waarop de vestigingshandeling wordt verricht een *reeds bestaande* schuld heeft. Van een 'voorkruipen' ten opzichte van de overige schuldeisers kan anders geen sprake zijn.¹²⁸

3.3. Wettelijke vermoedens van wetenschap van benadeling

3.3.1. Algemeen

Evenals voor de andere vereisten voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana geldt, rusten de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot het vereiste van wetenschap van benadeling op de curator.¹²⁹ In art. 43 en 45 Fw wordt de curator echter tegemoetgekomen, door in bepaalde gevallen een wettelijk vermoeden van wetenschap van benadeling aan te nemen. Beide bepalingen zien slechts op rechtshandelingen die zijn verricht binnen een bepaalde periode voorafgaand aan de faillietverklaring. In de oorspronkelijke regeling was deze periode slechts 40 dagen. Met de inwerkingtreding van de zogenaamde 'derde antimisbruikwet' in 1987 is deze verlengd tot een jaar.¹³⁰

Art. 43 Fw heeft betrekking op bepaalde rechtshandelingen die anders dan om niet zijn verricht. Art. 45 Fw ziet op alle rechtshandelingen die om niet zijn verricht. Het tijdstip waarop de in art. 43 en 45 Fw genoemde rechtshandelingen zijn verricht en het verdachte karakter dat deze rechtshandelingen hebben, rechtvaardigen volgens de wetgever dat een vermoeden van wetenschap van benadeling wordt aangenomen:

"Dit artikel wijst handelingen aan, waarvan om hun verdacht karakter, in verband met het tijdstip, waarop zij verricht werden, tot op tegenbewijs vermoed wordt dat zij verricht werden met de wetenschap van benadeeling der schuldeisers. Er zijn een aantal rechtshandelingen waarvan, vooral wanneer zij in den vooravond van een faillissement verricht worden, terecht getuigd mag worden dat zij een verdacht karakter dragen, waartoe gewoonlijk wordt overgegaan in het volle bewustzijn dat

128 Zie § 3.3 van hoofdstuk 4.

129 Zie HR 31 januari 1930, NJ 1930, p. 979 e.v. (*De Nederlandsche Bank/Van Foreest q.q.*); HR 3 oktober 1980, NJ 1980, 643, nt. GJS (*Imperial/Waanders*); HR 12 april 1996, NJ 1996, 488 (*Bosselaar q.q./Interniber II*); HR 4 februari 2000, NJ 2000, 192; JOR 2000/87, nt. NEDF (*Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes*) en HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, nt. PvS; JOR 2011/19, nt. NEDF (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*).

130 Wet van 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (16 631), *Stb.* 1986, 275.

de schuldeischers er door benadeeld worden en die het bewijs daarvan als het ware in zich zelve dragen. Eene omkering van den bewijslast schijnt hier aangewezen."¹³¹

Anders dan de wetgever opmerkt, is van een 'omkering van de bewijslast' strikt gezien geen sprake. De bewijslast (gezien als bewijsrisico) blijft in de in art. 43 en 45 Fw genoemde gevallen op de curator rusten. De feiten waaraan het vermoeden wordt verbonden moeten door hem worden gesteld en zo nodig worden bewezen.¹³² Slaagt de curator in het bewijs van deze 'hulpfeiten'¹³³ dan verschuift de bewijsvoeringslast naar degene met of jegens wie de schuldenaar handelde. Het is dan aan hem om het vermoeden van wetenschap van benadeling te ontzenuwen. Art. 43 lid 1 Fw spreekt in dit verband van 'tegenbewijs'. Dit tegenbewijs moet geacht worden te zijn geleverd wanneer degene met of jegens wie de schuldenaar handelde voldoende *twijfel* heeft weten te zaaien omtrent de juistheid van het vermoeden. Niet vereist is dat hij het *tegendeel* – dat hij geen wetenschap van benadeling had – bewijst.¹³⁴ Hoewel dit niet meer expliciet uit art. 45 Fw blijkt, staat ook het in die bepaling genoemde vermoeden open voor tegenbewijs.¹³⁵ De woorden 'behoudens tegenbewijs' zijn door de wetgever in verband met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek verwijderd, omdat daarin in beginsel tegen elk vermoeden tegenbewijs is toegelaten. Het zou daarom verwarrend zijn deze woorden toch op te nemen.¹³⁶

In de in art. 43 en 45 Fw genoemde situaties wordt op grond van de wet een vermoeden van wetenschap van benadeling aangenomen. Het betreffen uitzonderingsbepalingen die volgens de Hoge Raad niet ruim mogen worden uitgelegd.¹³⁷ Met betrekking tot rechtshandelingen die buiten het bereik van art. 43 en 45 Fw vallen, is het aan de rechter om al dan niet een vermoeden van wetenschap van benadeling aan te nemen (vgl. art. 150 Rv).¹³⁸ Hij zal bij zijn oordeel onder meer rekening houden met de mate

131 Van der Feltz I, p. 442-443.

132 Zie Wessels 2010, nr. 3151. Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 24 april 2001, JOR 2001/192, r.o. 7.3.

133 Zie W.D.H. Asser 2004, nr. 32 en 34.

134 Vgl. Giessen 2001, p. 65 en 67.

135 Zie ook Wessels 2010, nr. 3152.

136 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 396. Om die reden zouden deze woorden ook uit art. 43 lid 1 Fw verwijderd worden, zo volgt uit de eerste Nota van Wijziging. Toch zijn deze in de definitieve tekst van art. 43 lid 1 Fw teruggeko-
men. Zie ook art. 3.2.4 Voorontwerp Insolventiewet.

137 Zie HR 4 februari 2000, JOR 2000/87, nt. NEDF (*Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes*).

138 Vgl. HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429; JOR 2003/102 (*Cikam/Siemon q.q.*).

waarin het te beoordelen geval gelijkenis vertoont met de in art. 43 en 45 Fw genoemde situaties.¹³⁹

3.3.2. Art. 43 Fw

3.3.2.1. Algemeen

Hoewel dit niet expliciet uit de tekst van art. 43 Fw volgt, ziet deze bepaling slechts op rechtshandelingen die door de schuldenaar anders dan om niet zijn verricht.¹⁴⁰ Dit kan op de eerste plaats worden afgeleid uit de aanhef van art. 43 lid 1 Fw, waarin gesproken wordt over wetenschap 'aan beide zijden'. Omdat alleen voor anders dan om niet verrichte rechtshandelingen geldt dat wetenschap van benadeling 'aan beide zijden' – die van de schuldenaar en degene met of jegens wie hij handelde – vereist is,¹⁴¹ is het onwaarschijnlijk dat de wetgever bij art. 43 Fw ook aan om niet verrichte rechtshandelingen heeft gedacht. Voor de vernietiging van deze rechtshandelingen is slechts wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar vereist. Op de tweede plaats geldt dat als art. 43 Fw ook zou zien op rechtshandelingen die om niet zijn verricht, aan art. 45 Fw geen zelfstandige betekenis meer toekomt. De in art. 45 Fw bedoelde rechtshandelingen zouden dan onder het bereik van art. 43 lid 1, aanhef en onder 1° Fw vallen. Tot slot kan er op worden gewezen dat art. 43 Fw reeds in de oorspronkelijke regeling slechts op anders dan om niet verrichte rechtshandelingen zag. Alle regels met betrekking tot onverplicht verrichte rechtshandelingen die om niet waren verricht – toen nog 'schenkingen' genoemd – waren neergelegd in art. 44-46 (oud) Fw.¹⁴²

Art. (42 jo.) 43 Fw ziet slechts op *onverplicht* verrichte rechtshandelingen. Mogelijk heeft de wetgever dit willen expliceren door in de aanhef van art. 43 lid 1 Fw op te nemen dat die bepaling slechts toepassing vindt als:

"(...) de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn [de termijn van een jaar voor de faillietverklaring: RJvdW] daartoe [tot het verrichten van de rechtshandeling: RJvdW] had verplicht (...)"

De woorden 'voor aanvang van die termijn' hebben in deze benadering geen betekenis. Op verplicht verrichte rechtshandelingen zijn art. 42 jo. 43 Fw nu eenmaal niet van toepassing, ook niet als de verplichting binnen de

139 Zie Kamerstukken II, 1983-1984, 16 631, nr. 14, p. 4.

140 Zie Faber 2005, nr. 309 en Wessels 2010, nr. 3152.

141 Zie art. 42 lid 2 Fw.

142 Zie Faber 2005, nr. 309.

bedoelde termijn is aangegaan. Faber verdedigt een andere zienswijze. Volgens hem geldt op grond van bovenstaande zinsnede dat rechtshandelingen waartoe de schuldenaar zich binnen de bedoelde termijn heeft verplicht wel onder het bereik van art. 42 jo. 43 Fw vallen, ondanks dat het om verplicht verrichte rechtshandelingen gaat.¹⁴³ Een dergelijke uitleg ligt mijns inziens niet voor de hand. Hierdoor zou worden gebroken met het strikte onderscheid tussen onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen en het daarmee verband houdende uitgangspunt dat verplicht verrichte rechtshandelingen slechts in de twee in art. 47 Fw genoemde gevallen voor vernietiging in aanmerking komen.¹⁴⁴ In dat geval zou in de parlementaire geschiedenis zeer waarschijnlijk aandacht aan dit punt zijn besteed. Tegen de achtergrond van het genoemde uitgangspunt ligt het – zoals aangegeven – meer voor de hand dat de wetgever met de bewuste zinsnede buiten twijfel heeft willen stellen dat art. 43 Fw niet van toepassing is op verplicht verrichte rechtshandelingen.

De woorden 'voor aanvang van die termijn' leiden tot verwarring en hadden beter weggelaten kunnen worden. Tot een vergelijkbaar oordeel komt (kennelijk) ook de Commissie insolventierecht. In art. 3.2.4 van het Voorontwerp Insolventiewet – dat art. 43 Fw had moeten gaan vervangen – komt de hiervoor geciteerde zinsnede uit art. 43 Fw niet terug. Uit het feit dat de commissie hieraan in de toelichting geen aandacht heeft besteed, lijkt te moeten worden afgeleid dat zij van oordeel is dat hierdoor geen materiële wijziging zou zijn teweeggebracht.

3.3.2.2. Aard van de rechtshandeling

De in art. 43 lid 1, aanhef en onder 1° en 2° Fw genoemde rechtshandelingen zijn 'verdacht' omdat zij naar hun aard tot benadeling van schuldeisers leiden. Art. 43 lid 1, aanhef en onder 1° Fw ziet op rechtshandelingen waarbij de waarde van de prestatie van de schuldenaar de waarde van de prestatie van zijn wederpartij aanmerkelijk overtreft. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een overeenkomst waarin de schuldenaar een goed verkoopt voor een fractie van de waarde, of een goed koopt voor een veelvoud van de waarde. In de meeste gevallen zal dit verschil tussen de koopprijs en de waarde voor partijen kenbaar zijn. Er zijn echter ook situaties waarin dit niet zo is. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval

143 Zie Faber 2005, nr. 309 en Faber 2008, p. 176. Het is in zijn benadering niet nodig dat de curator in bepaalde gevallen eerst het aangaan van de verplichting vernietigt om zo de voortbouwende rechtshandeling tot een onverplicht verrichte rechtshandeling te maken.

144 Zie over dit uitgangspunt § 5.3 van hoofdstuk 2.

waarin de schuldenaar door hem uitgegeven obligaties inkoopt tegen de nominale waarde, terwijl hij in financiële problemen verkeert. Is de verkoper niet op de hoogte van de financiële problemen bij de schuldenaar, dan zal hij in de regel evenmin weten dat tussen de koopprijs en de waarde van de obligaties een (aanmerkelijk) verschil bestaat. Afgevraagd kan worden of het dan gerechtvaardigd is om een vermoeden van wetenschap van benadeling aan te nemen.

Bijzondere aandacht verdient art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw. Op grond van deze bepaling wordt wetenschap van benadeling vermoed aan beide zijden te bestaan bij 'rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld'. Het is in die gevallen de benadelende aard van de rechtshandeling die het vermoeden van wetenschap van benadeling rechtvaardigt. Voor wat het stellen van zekerheden betreft, kan deze bepaling daarom naar mijn mening slechts zien op rechtshandelingen ter zekerheidstelling voor een *reeds bestaande* niet opeisbare schuld. Een rechtshandeling ter zekerheidstelling voor een *nieuwe* niet opeisbare schuld leidt immers zelf niet tot benadeling van schuldeisers (en is om die reden ook niet verdacht).¹⁴⁵ Een voorbeeld van een dergelijke rechtshandeling is een overeenkomst waarin de schuldenaar (aanvullend) krediet verkrijgt en zich verplicht om voor dit krediet pand- of hypotheekrechten te verschaffen. Een zodanige overeenkomst zou mijns inziens niet onder het bereik van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw moeten vallen.¹⁴⁶

Onder 'rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld' mag niet worden begrepen de voldoening van of zekerheidstelling voor een *opeisbare* schuld van een *derde*, zo volgt uit het arrest Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes.¹⁴⁷ Met betrekking tot de vraag wat onder 'een niet opeisbare schuld' moet worden verstaan overweegt de Hoge Raad in dit arrest:

"Waar art. 43 lid 1 onder 2° F. spreekt van "rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld" moeten de woorden "een niet opeisbare schuld" worden verstaan als een schuld waarvan de schuldeiser op het moment van de bedoelde rechtshandeling niet de voldoening door de debiteur van die

¹⁴⁵ Zie § 3.3 van hoofdstuk 4.

¹⁴⁶ Zie ook Verdaas 2006-I, p. 35; Verdaas 2006-II, p. 36; Kortmann, Van Hees en Faber 2007, p. 2248; Faber 2008, p. 178 en Spinath 2010, p. 141. Anders Hof Leeuwarden 28 februari 2007, JOR 2008/141, nt. NEDF. Ook anders Van Koppen 2005-II, p. 198. In zijn arrest van 22 december 2009, NJ 2010, 273, nt. PvS; JOR 2011/19, nt. NEDF (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III), heeft de Hoge Raad deze kwestie in het midden gelaten, zie r.o. 3.6.

¹⁴⁷ HR 4 februari 2000, JOR 2000/87, nt. NEDF (Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes).

schuld kan vorderen. Die woorden hebben niet betrekking op een schuld die opeisbaar is in die zin dat de schuldeiser terstond voldoening daarvan door de debiteur van die schuld kan vorderen, maar waarvan hij niet voldoening door de in art. 43 lid 1, aanhef, bedoelde "schuldenaar" kan vorderen, omdat deze niet de debiteur van die schuld is."¹⁴⁸

Uit deze overweging volgt dat bij de vraag of een schuld niet opeisbaar is gekeken moet worden naar de opeisbaarheid *sec* en niet relevant is of de schuld ook opeisbaar is in de verhouding tot degene die de betaling of zekerheidstelling heeft verricht. De betaling van of zekerheidstelling voor een *niet* opeisbare schuld van een derde valt dus zeer waarschijnlijk wel onder het bereik van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw.¹⁴⁹

De uitleg die de Hoge Raad geeft aan 'een niet opeisbare schuld' lijkt mee brengen dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw ook ziet op een rechtshandeling ter zekerheidstelling voor een *toekomstige* schuld (van de schuldenaar of een derde).¹⁵⁰ Toekomstige schulden zijn immers nooit opeisbaar.¹⁵¹ Voor zover het een zekerheidstelling voor een toekomstige schuld van een *derde* betreft, kan ik mij in deze uitkomst vinden. Een rechtshandeling ter zekerheidstelling voor een (al dan niet) toekomstige schuld van een derde leidt in de regel zelf tot benadeling van schuldeisers en heeft om die reden een verdacht karakter. Dit geldt niet voor een rechtshandeling ter zekerheidstelling voor een toekomstige schuld van de *schuldenaar*. Deze leidt noch tot een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar, noch tot een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde.¹⁵² Net als hiervoor met betrekking tot een zekerheidstelling voor een *nieuwe* niet opeisbare schuld van de schuldenaar is betoogd, dient de zekerheidstelling voor een *toekomstige* schuld van de schuldenaar mijns inziens niet onder het bereik van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw te vallen. Hoe korter de schuld waarvoor zekerheid wordt gegeven bestaat, des te minder verdacht is de zekerheidstelling. Als een zekerheidstelling voor een nieuwe niet opeisbare schuld geen vermoeden van wetenschap van benadeling oplevert – het meerdere – dan zou dit voor een zekerheidstelling voor een toekomstige schuld – het mindere – dus ook moeten gelden.

148 R.o. 3.3.4.

149 Zie ook Faber 2005, nr. 310.

150 Vgl. Faber 2005, nr. 310.

151 Zie Van Schilfgaarde 1987, p. 87; Winter 1992, p. 250 en Faber, noot onder HR 4 februari 2000, *JOR* 2000/87 (*Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes*), onder 5.

152 Vgl. § 3.3 van hoofdstuk 4.

3.3.2.3. Hoedanigheid van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde

Art. 43 lid 1, aanhef en onder 3° t/m 6° Fw zien op gevallen waarin de hoedanigheid van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde de aangevochten rechtshandeling een verdacht karakter geeft. De kring van personen op wie deze bepalingen zien is met de invoering van de hiervoor al genoemde 'derde antimisbruikwet' aanzienlijk uitgebreid.

Een verschil met de in art. 43 lid 1, aanhef en onder 1° en 2° Fw genoemde rechtshandelingen is dat de rechtshandelingen waarop art. 43 lid 1, aanhef en onder 3° t/m 6° Fw van toepassing zijn niet altijd *zelf* tot benadeling van schuldeisers leiden. Interessant is in dit verband de reden die de wetgever noemt om in de situaties genoemd in art. 43 lid 1, aanhef en onder 3° t/m 6° Fw een vermoeden van wetenschap van benadeling aan te nemen:

"de bedoelde personen [zullen] door hunne intieme relatie met den schuldenaar zelden onbekend zijn met diens *vermogenstoestand* [cursivering: RJvdW]."¹⁵³

Dit zou de vraag kunnen doen rijzen of art. 43 lid 1, aanhef en onder 3° t/m 6° Fw wel van toepassing zijn als de aangevochten rechtshandeling de benadeling niet zelf heeft veroorzaakt, maar de benadeling het gevolg is van een *ander* rechtsfeit. Het bewijsvermoeden lijkt niet te worden gegeven omdat partijen vanwege hun relatie met de schuldenaar in de regel zullen hebben geweten dat er naast de rechtshandeling waarbij zij betrokken waren, nog een ander rechtsfeit zou plaatsvinden en de schuldeisers hierdoor uiteindelijk zouden worden benadeeld. Aan de andere kant zou een beperking van het toepassingsbereik tot rechtshandelingen die zelf tot benadeling van schuldeisers hebben geleid, meebrengen dat aan art. 43 lid 1, aanhef en onder 3° t/m 6° Fw naast art. 43 lid 1, aanhef en onder 1° en 2° Fw slechts een beperkte zelfstandige betekenis toekomt.

3.3.3. Art. 45 Fw

Art. 45 Fw ziet op rechtshandelingen die om niet zijn verricht. Is een dergelijke rechtshandeling binnen een jaar vóór de faillietverklaring verricht, dan wordt vermoed dat de schuldenaar wetenschap van benadeling had. Het vermoeden van wetenschap van benadeling heeft geen betrekking op degene met of jegens wie de schuldenaar handelde. De reden hiervoor is dat voor de vernietiging van een om niet verrichte rechtshandeling niet is

153 Van der Feltz I, p. 443.

vereist dat ook hij wetenschap van benadeling had. Wel is hij degene die het vermoeden van wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar zal moeten ontkrachten.¹⁵⁴

Eerder in dit hoofdstuk is betoogd dat het vereiste van wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar en het onderscheid tussen om niet en anders dan om niet verrichte rechtshandelingen moeten komen te vervallen.¹⁵⁵ Dit zou tot gevolg hebben dat voor de vernietiging van (nagenoeg) alle onverplicht verrichte rechtshandelingen geldt dat alleen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wetenschap van benadeling moet hebben gehad. Art. 45 Fw kan in dat geval worden geschrapt.¹⁵⁶

4. VERPLICHT VERRICHTE RECHTSHANDELINGEN

4.1. Inleiding

Met de faillissementspauliana kunnen ook *verplicht* verrichte rechtshandelingen worden aangevochten. Hoewel dit uit de tekst van art. 47 Fw niet volgt, is voor de vernietiging van een verplicht verrichte rechtshandeling op de eerste plaats vereist dat de rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers heeft geleid.¹⁵⁷ Daarnaast moet zijn voldaan aan één van de twee in art. 47 Fw genoemde subjectieve vereisten: 'wetenschap van de faillissementsaanvraag' en 'overleg'.¹⁵⁸ In deze twee nauwkeurig in de wet omschreven gevallen staat de wetgever een uitzondering toe op het uitgangspunt dat verplicht verrichte rechtshandelingen niet voor vernietiging in aanmerking komen.¹⁵⁹ Vanwege het uitzonderingskarakter van de twee in art. 47 Fw gegeven vernietigingsgronden worden deze in de jurisprudentie van de Hoge Raad restrictief uitgelegd.¹⁶⁰ De vraag is of dit terecht (en wenselijk) is. Kijkt men niet alleen naar het uitgangspunt waartoe de

154 Zie Van der Feltz I, p. 447-448.

155 Zie § 3.1 van dit hoofdstuk.

156 Voor wat betreft het vermoeden van wetenschap van benadeling aan de zijde van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde, geldt in de door mij voorgestane benadering dat alle *om niet* verrichte rechtshandelingen onder het bereik van art. 43 lid 1, aanhef en onder 1° Fw zouden vallen.

157 Zie HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214, nt. PvS (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*).

158 Het is niet nodig dat aan *beide* subjectieve vereisten is voldaan, zie Rb. Amsterdam 28 oktober 2009, JOR 2010/30, nt. NEDF.

159 Zie hierover § 5.3 van hoofdstuk 2.

160 Vgl. HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628, nt. PvS (*Gispen q.q./IFN*); HR 20 november 1998, NJ 1999, 611, nt. SCJJK; JOR 1999/19, nt. NEDF (*Verkerk/Tiethoff q.q.*); HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, nt. PvS; JOR 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*) en HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662, nt. WMK; JOR 2001/220 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*).

wetgever is gekomen, maar ook naar de belangenafweging die daaraan vooraf is gegaan, dan lijkt een ruimer toepassingsbereik van art. 47 Fw in dit verband goed verdedigbaar. In § 4.2 worden de twee vernietigingsgronden van art. 47 Fw kritisch besproken. In § 4.3 wordt vervolgens gezien in hoeverre art. 3.2.5 van het Voorontwerp Insolventiewet tegemoet zou hebben kunnen komen aan de op art. 47 Fw gegeven kritiek.

4.2. Twee alternatieve subjectieve vereisten

4.2.1. Wetenschap van de faillissementsaanvraag

4.2.1.1. Algemeen

Een verplicht verrichte rechtshandeling kan worden vernietigd als 'hij die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was'. Van de hier bedoelde wetenschap moet sprake zijn op het moment dat de rechtshandeling wordt verricht. Onder 'aangevraagd' valt zowel de situatie waarin de schuldenaar aangifte van zijn faillissement heeft gedaan, als die waarin een schuldeiser of het Openbaar Ministerie de faillietverklaring van de schuldenaar heeft verzocht.¹⁶¹ In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt het vereiste van wetenschap van de faillissementsaanvraag niet ruim uitgelegd. Met wetenschap van de faillissementsaanvraag mag bijvoorbeeld niet worden gelijkgesteld de wetenschap dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeert dat zijn faillissement was te verwachten,¹⁶² of onontkoombaar is.¹⁶³ Deze benadering van het wetenschapsvereiste is volgens de Hoge Raad in lijn met de parlementaire geschiedenis, waaruit volgt dat de wetgever op het uitgangspunt dat verplicht verrichte rechtshandelingen niet kunnen worden vernietigd slechts in de twee nauwkeurig in de wet omschreven gevallen een uitzon-

161 Zie Hof Amsterdam 4 december 1986, NJ 1988, 407.

162 De Hoge Raad wijst een gelijkschakeling met het criterium waarmee wordt bepaald of de overnemer van een vordering of schuld 'niet te goeder trouw' is (art. 54 lid 1 Fw) af, zie HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, nt. PvS; JOR 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*). Zie voor het desbetreffende criterium HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (*Doyer & Kalff*) en HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449, nt. JBMV (*AMRO/Curatoren THB*). In de literatuur is door verschillende auteurs gepleit voor een dergelijke gelijkschakeling van de vereisten van art. 47 en 54 lid 1 Fw, zie Hilverda 1992, p. 259-260; Kortmann en Faber 1996-I, p. 126; Vriesendorp 1996, p. 77-78; Kortmann en Faber 1998, p. 51; Verstijlen 1998, p. 70-71; Vriesendorp 1999, p. 172 e.v.; Kortmann, Faber, Nowak en Veder 2001, p. 901; Faber 2005, nr. 317 en Faber 2006, p. 135 e.v. Tegen zijn Winter 1992, p. 253-254; Rank-Berenschot 1993, p. 178; Van Koppen 1998-I, p. 156-157 en 163-165; A. van Hees 1998, p. 10; Winter 1998, p. 68-70; De Weijs en Huurdeman 2007, p. 511 e.v. en De Weijs 2010, p. 307 e.v. Terughoudend is Verdaas 2005, p. 398.

163 Zie HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662, nt. WMK; JOR 2001/220 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*).

dering heeft willen maken.¹⁶⁴ Door deze strikte benadering lijkt tevens te kunnen worden betwijfeld of wetenschap in art. 47 Fw naar geldend recht – evenals in art. 42 Fw – in geobjectiveerde zin mag worden verstaan.¹⁶⁵ Een dergelijke objectivering zou mijns inziens in ieder geval wenselijk zijn.

Met betrekking tot de vraag van *welke* aanvraag wetenschap moet bestaan, heeft de Hoge Raad in het arrest *Atalanta* overwogen:¹⁶⁶

"dat wèl bij de toelichting van het middel is betoogd, dat krachtens dit voorschrift de nietigheid van de betaling eener opeisbare schuld reeds kan worden ingeroepen, indien de schuldenaar wist dat ten tijde der betaling een faillissementsaanvraag tegen den debiteur hangende was, ook indien de aanvraag niet meer aanhangig was bij de uitspraak van het faillissement [cursivering: RJvdW], (...) doch dat deze uitlegging (...) niet juist is; dat dan ook, waar ten deze van een andere faillissementsaanvraag dan die van den Raad van Arbeid geen sprake was, deze (...) toepassing van art. 47 te zijnen aanzien niet behoefde te vreezen."

Uit dit arrest volgt dat een schuldeiser die wetenschap heeft van een – al dan niet door hem zelf gedane – faillissementsaanvraag, niet voor een succesvol beroep op art. 47 Fw hoeft te vrezen als deze aanvraag (door hem) is ingetrokken voordat het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken. Een faillissementsaanvraag kan derhalve onder omstandigheden als doeltreffend pressiemiddel worden gebruikt.¹⁶⁷ Uit bovenstaande overweging volgt dat voor wetenschap van de faillissementsaanvraag in ieder geval vereist is dat de faillissementsaanvraag waarop de wetenschap betrekking heeft nog aanhangig is ten tijde van de faillietverklaring. De Hoge Raad geeft niet aan of dit ook steeds voldoende is. Is van wetenschap van de faillissementsaanvraag bijvoorbeeld ook sprake als het faillissement op een *andere* aanvraag wordt uitgesproken en degene met of jegens wie de schuldenaar handelde van *deze* aanvraag geen wetenschap had? Abendroth beantwoordt deze vraag ontkennend.¹⁶⁸ De tekst van art. 47 Fw en het doel van de wetgever brengen volgens hem mee dat de wetenschap betrekking moet hebben op de concrete aanvraag die tot het faillissement

164 Zie HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214, nt. PvS (Loeffen q.q./Mees & Hope II); HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, nt. PvS; JOR 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I) en HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662, nt. WMK; JOR 2001/220 (Meijs q.q./Bank of Tokyo). Zie ook de woorden 'alleen dan' in art. 47 Fw.

165 Huizink 2001, p. 33-34; Vriesendorp 2001, p. 163; Van Koppen 2001-I, p. 708-711; Faber 2005, nr. 319 en Faber 2008, p. 183 gaan uit van geobjectiveerde wetenschap. Anders Winter 1992, p. 253-254; Rank-Berenschot 1993, p. 178; Van Koppen 1998-I, p. 155 en A. van Hees 1998, p. 10.

166 HR 14 december 1934, NJ 1935, p. 95 e.v., nt. EMM (*Atalanta*).

167 Anders Ktg. Oud-Beijerland 15 maart 1999, JOR 2000/84.

168 Zie Abendroth, noot onder Rb. Utrecht 13 augustus 2003, JOR 2003/293. Zie ook Rb. Amsterdam 17 april 1996, JOR 1996/72, nt. NEDF.

van de schuldenaar heeft geleid. Of de wetgever een dergelijke regel inderdaad op het oog heeft gehad, is moeilijk te zeggen. Mijn bezwaar tegen de opvatting van Abendroth is dat voor de uitkomst van een beroep op art. 47 Fw bepalend kan zijn op welke aanhangige aanvraag dan wel aangifte het faillissement is uitgesproken. Dit laatste is deels van het toeval afhankelijk. Ik voel daarom meer voor de opvatting van Faber. Volgens hem is voldoende dat de aanvraag waarop de wetenschap betrekking heeft aanhangig was ten tijde van de faillietverklaring. Niet van belang is of het faillissement ook op deze aanvraag is uitgesproken.¹⁶⁹ Wel zou de aanvraag waarop de wetenschap betrekking heeft volgens Faber tot een faillissement moeten hebben *kunnen* leiden. Dit is bijvoorbeeld niet het geval als de aanvrager van het faillissement in het geheel geen vordering op de schuldenaar had, of slechts een vordering uit een natuurlijke verbintenis.¹⁷⁰

Wist de persoon met of jegens wie de schuldenaar handelde dat het faillissement van de schuldenaar was aangevraagd, 'dan staat daarmee (...) de kwade trouw van de crediteur vast en is er geen plaats meer voor tegenbewijs', zo volgt uit het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope II.¹⁷¹ Een schuldeiser wiens vordering wordt voldaan terwijl hij weet dat het faillissement van de schuldenaar is aangevraagd kan – tenzij van benadeling geen sprake is – dus niet aan vernietiging ontkomen door aan te tonen dat hij niet op betaling heeft aangedrongen, of niet wist of behoorde te weten dat de voldoening tot benadeling van de overige schuldeisers zou leiden. Dat hij zich in de twee laatstgenoemde gevallen niet onoorbaar heeft gedragen jegens de schuldeisers, staat hier kennelijk niet aan in de weg.

Is aan alle vereisten van art. 47 Fw voldaan, dan lijkt degene met of jegens wie de schuldenaar handelde toch nog een mogelijkheid te hebben om aan een succesvol beroep op deze bepaling te ontkomen. Hij zal de rechter moeten overtuigen dat voor het verrichten van de aangevochten rechtshandeling onder de gegeven omstandigheden een bijzondere rechtvaardiging bestond. Uit de lagere rechtspraak zijn enkele gevallen bekend waarin degene met of jegens wie de schuldenaar handelde hierin is geslaagd. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie waarin de schuldenaar vlak voor faillissement zijn advocaat heeft betaald voor juridische bijstand

169 Zie Faber 2005, nr. 316.

170 Zie Faber, noot onder Rb. Amsterdam 26 juni 1996, JOR 1996/74.

171 HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214, nt. PvS (Loeffen q.q./Mees & Hope II). Hetzelfde geldt voor de tweede vernietigingsgrond van art. 47 Fw.

met betrekking tot de ingediende faillissementsaanvraag.¹⁷² Hoewel de betaling in veel gevallen tot benadeling van schuldeisers zal leiden en de advocaat uit hoofde van zijn werkzaamheden ten tijde van de betaling op de hoogte is van de faillissementsaanvraag, moet de curator zich niet met succes op art. 47 Fw kunnen beroepen. Een ander oordeel zou tot gevolg hebben dat een schuldenaar wiens faillissement is aangevraagd (of zal worden aangevraagd) zonder financiële hulp van derden geen juridische bijstand meer kan verkrijgen met betrekking tot die aanvraag.¹⁷³ Deze uitkomst wordt vanuit maatschappelijk oogpunt onwenselijk geacht.¹⁷⁴

4.2.1.2. Rechtvaardiging vernietiging

Waarom is vernietiging van een verplicht verrichte rechtshandeling gerechtvaardigd als degene met of jegens wie de schuldenaar handelde ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling wetenschap van de faillissementsaanvraag had? In de parlementaire geschiedenis staat hierover het volgende:

"De eerste uitzondering; nietigheid van de betaling eener opeischbare schuld aan hem die bekend is met de aanvraag tot faillietverklaring, spreekt voor zich zelve. De schuldeischer, die niet bloot een faillissement ducht, maar de zekerheid heeft verkregen dat daartoe aanvraag is gedaan, mag gezegd worden in strijd te handelen met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeisers in acht te nemen, wanneer hij onder die omstandigheden nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt, en zich op die wijze aan den concursus onttrekt."¹⁷⁵

De woorden 'de goede trouw' in bovenstaande passage moeten naar hedendaagse begrippen mijns inziens worden geïnterpreteerd als 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' (art. 6:162 BW). 'De eisen van redelijkheid en billijkheid' als vertaling van 'de goede trouw' ligt in dit verband minder voor de hand, omdat art. 6:2 en 6:248 BW niet (rechtstreeks) van toepassing zijn in de verhouding tussen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en de benadeelde schuldeisers.

172 Zie hierover bijvoorbeeld Hof Arnhem 2 augustus 1988, *NJ* 1989, 890; Rb. Rotterdam 11 december 1997, rolnummer HA ZA 96-2952; Rb. Zwolle 13 mei 1998, rolnummer HA ZA 97-765 en Rb. Rotterdam 26 maart 2008, *JOR* 2010/202, nt. NEDF.

173 Anders (kennelijk) Rb. Zwolle 13 mei 1998, rolnummer HA ZA 97-765, waarover Gispén 1998-II, p. 222-224. Volgens de rechtbank zal een persoon tegen wie een aanvraag loopt ingevolge de bepalingen van de Wet op de rechtsbijstand c.a. in beginsel voor een toevoeging in aanmerking komen.

174 Zie Rb. Rotterdam 26 maart 2008, *JOR* 2010/202, nt. NEDF.

175 Van der Feltz I, p. 449.

Uit het gebruik van de woorden 'handelen', 'vraagt' en 'onttrekt' lijkt te moeten worden afgeleid dat de voldoening aan een opeisbare schuld volgens de wetgever pas paulianeus kan zijn als hieraan een actieve gedraging van de voldane schuldeiser is voorafgegaan. Hij zou door zijn handelen de grens van het recht om voor zijn eigen belangen op te komen moeten zijn overschreden.¹⁷⁶ Inmiddels is echter duidelijk dat een succesvol beroep op art. 47 Fw naar geldend recht ook mogelijk is bij een door de schuldeiser *passief* verkregen voldoening.¹⁷⁷ Dit volgt onder meer uit het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I.¹⁷⁸ In dit arrest is bepaald dat de voldoening van een schuld aan de bank, die het gevolg is van een betaling door een derde op de rekening van de schuldenaar, ook als 'voldoening door de schuldenaar' moet worden aangemerkt.¹⁷⁹ Als art. 47 Fw in een dergelijk geval niet zou kunnen worden toegepast, dan worden banken hierdoor volgens de Hoge Raad in een niet te rechtvaardigen uitzonderingspositie gebracht.

Had de schuldeiser wetenschap van de faillissementsaanvraag, dan leidt dit bij *passief* verkregen voldoeningen niet zonder meer tot de conclusie dat hij zich onoorbaar heeft gedragen tegenover zijn medeschuldeisers.¹⁸⁰ De vraag rijst dan ook waar de rechtvaardiging voor de vernietiging in dat geval in is gelegen. Mogelijk is dit het feit dat de vernietigbaarheid van verplicht verrichte rechtshandelingen niet meer in strijd is met de behoeften van het rechtsverkeer, vanaf het moment dat de schuldeiser die wordt voldaan wetenschap heeft van de faillissementsaanvraag. In dit verband kan worden gewezen op wat de wetgever over de vernietigingsmogelijkheid van verplicht verrichte rechtshandelingen heeft opgemerkt:

"Zij dwingt de schuldeischers, zodra zij moeilijkheden bij het betalen ondervinden, een faillissement te provoceren, uit vrees hetgeen zij door individuele executies zullen verkrijgen bij een later faillissement weer aan den curator te moeten afgeven."¹⁸¹

176 Zie over dit recht § 5.3.3 van hoofdstuk 2.

177 Van Schilfgaarde en Strikwerda lijken zelfs van mening dat de eerste vernietigingsgrond van art. 47 Fw uitgaat van een *passieve* schuldeiser, zie Van Schilfgaarde, noot onder HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 (Loeffen q.q./Mees & Hope II), onder 6 en A-G Strikwerda, conclusie voor HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I), onder 15. Gelet op bovenstaande passage uit de parlementaire geschiedenis lijkt mij dit onjuist.

178 HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104, nt. G (Loeffen q.q./Mees & Hope I).

179 Zie hierover § 3.2 van hoofdstuk 3.

180 Zie ook § 4.2.1.1 van dit hoofdstuk.

181 Van der Feltz I, p. 436.

Een van de redenen om verplicht verrichte rechtshandelingen in beginsel niet voor vernietiging in aanmerking te laten komen, was dat hiermee voorkomen wordt dat schuldeisers in een te vroeg stadium het faillissement zullen aanvragen (en deze aanvraag ook doorzetten), omdat betaling niet meer 'veilig' kan plaatsvinden.¹⁸² Dit argument speelt geen rol meer wanneer min of meer vaststaat dat het faillissement zal volgen. Weet een schuldeiser dat het faillissement is aangevraagd, dan is er in deze benadering geen behoefte meer om verplicht verrichte rechtshandelingen aan een ander regime te onderwerpen dan onverplicht verrichte rechtshandelingen. Zo bezien, zou een schuldeiser dan nog slechts aan een succesvol beroep op art. 47 Fw moeten kunnen ontkomen door aan te tonen dat hij geen wetenschap van benadeling had – de norm van het regime voor onverplicht verrichte rechtshandelingen – of de rechter weet te overtuigen dat voor het verrichten van de rechtshandeling onder de gegeven omstandigheden een bijzondere rechtvaardiging bestond.¹⁸³

Mijns inziens zouden passief ontvangen betalingen niet met een beroep op art. 47 Fw moeten kunnen worden aangevochten. De vraag of een rechtshandeling paulianeus is, zou (primaire) moeten worden beantwoord aan de hand van de vraag of degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich onoorbaar heeft gedragen ten opzichte van de schuldeisers.¹⁸⁴ Dit kan mijns inziens slechts het geval zijn als hij het plaatsvinden van de voldoening op enige wijze heeft bewerkstelligd, bijvoorbeeld door op voldoening aan te dringen. Het mogelijke bezwaar dat (onder meer) banken hierdoor in een niet te rechtvaardigen uitzonderingspositie komen te verkeren,¹⁸⁵ is ongegrond. Kort na het wijzen van het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I is duidelijk geworden dat op de casus die aan dat arrest ten grondslag ligt ook art. 54 lid 1 Fw van toepassing is.¹⁸⁶ Door de ruimere mogelijkheden die laatstgenoemde bepaling de curator biedt, heeft art. 47 Fw in de praktijk voor de bedoelde gevallen thans al weinig praktische betekenis.

Ten slotte merk ik op dat op basis van de door de wetgever gemaakte belangenafweging goed verdedigbaar is dat de eerste vernietigingsgrond van art. 47 Fw ruimer moet worden uitgelegd, in die zin dat vernietiging in beginsel reeds mogelijk is als de schuldeiser wist of behoorde te weten dat het faillissement van de schuldenaar *onvermijdelijk* was. Dit geldt ongeacht of de rechtvaardiging voor de vernietiging moet worden gezocht in

182 Zie hierover § 5.3.3 van hoofdstuk 2.

183 Zie § 4.2.1.1 van dit hoofdstuk.

184 Zie ook § 3.1.3 en § 6 van dit hoofdstuk en hoofdstuk 7.

185 Zie hierover § 3.2 van hoofdstuk 3.

186 Zie HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449, nt. JBMV (AMRO/Curatoren THB).

de behoeften van het rechtsverkeer of in een onoorbaar handelen van de schuldeiser ten opzichte van zijn medeschuldeisers. In de eerste benadeling hoeft er vanaf het genoemde moment niet meer te worden gevreesd dat een faillissementsaanvraag van een schuldeiser die weet dat een betaling aan hem paulianeus zal zijn, tot een onnodig faillissement zal leiden. Dat het faillissement zal volgen, staat immers al vast. In de tweede benadeling geldt dat de zekerheid van een faillissement maakt dat de schuldeiser het verhaalsbelang van zijn medeschuldeisers zwaarder moet laten wegen dan het belang om voor zichzelf op te komen en voldoening af te dwingen.

4.2.2. Overleg

4.2.2.1. Algemeen

Een verplicht verrichte rechtshandeling die tot benadeling van schuldeisers heeft geleid kan ook worden vernietigd, als deze 'het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde (...) boven andere schuldeisers te begunstigen'. Ook deze vernietigingsgrond wordt door de Hoge Raad restrictief uitgelegd. Vereist is dat sprake is van *samenspanning*, wat wil zeggen dat niet alleen de schuldeiser, maar ook de schuldenaar het begunstigingsoogmerk moet hebben gehad.¹⁸⁷ Heeft een van de partijen bij het verrichten van de aangevochten rechtshandeling een ander motief gehad, dan is van *samenspanning* geen sprake.¹⁸⁸ Niet voldoende,¹⁸⁹ maar mijns inziens wel steeds vereist, is dat partijen bij het verrichten van de aangevochten rechtshandeling wisten of behoorden te weten dat deze tot benadeling van schuldeisers zou leiden. Een voordeel kan in dit verband slechts zijn beoogd als het daartegenover staande nadeel is te voorzien. Het moment waarop de rechtshandeling heeft plaatsgevonden, is niet relevant. De wetgever heeft in art. 47 Fw bewust geen termijn opgenomen.¹⁹⁰

187 Zie HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628, nt. PvS (*Gispén q.q./IFN*) en HR 20 november 1998, NJ 1999, 611, nt. SCJJK; JOR 1999/19, nt. NEDF (*Verkerk/Tiethoff q.q.*). Dit oordeel van de Hoge Raad sluit niet goed aan bij zijn eerder gewezen arrest van 8 juli 1987, NJ 1988, 104, nt. G (*Loeffen q.q./Mees & Hope I*). In dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat aan de omstandigheid dat art. 42 en 47 Fw ook steeds een te kwader trouw handelen van de schuldenaar veronderstellen geen doorslaggevende betekenis meer toekomt.

188 Zie J.J. van Hees 2002, p. 67.

189 Zie HR 20 november 1998, NJ 1999, 611, nt. SCJJK; JOR 1999/19, nt. NEDF (*Verkerk/Tiethoff q.q.*). Zie ook Rb. Middelburg 6 januari 2005, JOR 2005/103 en Rb. Alkmaar 10 augustus 2011, JOR 2012/57.

190 Zie Van der Feltz I, p. 450-451.

Heeft (de bestuurder van) de schuldenaar het oogmerk om zijn schuldeiser te begunstigen, indien het uiteindelijke doel van de begunstiging is om er *zelf* beter van te worden? Deze vraag speelt bijvoorbeeld wanneer de schuldenaar een krediet aflost of hiervoor zekerheid stelt, met het doel te voorkomen dat de bestuurder van de schuldenaar onder een tot zekerheid van het krediet verstrekte borgtocht wordt aangesproken.¹⁹¹ Ik neig er naar deze vraag ontkennend te beantwoorden.¹⁹² Het is in een dergelijk geval mijns inziens moeilijk vol te houden dat partijen hetzelfde oogmerk hebben. In het genoemde voorbeeld zal van een begunstiging van de schuldeiser overigens geen sprake zijn, voor zover hij de betaalde of gesecureerde vordering op de borg had kunnen verhalen in het geval de aangevochten rechtshandeling niet zou zijn verricht.

Van overleg in de zin van art. 47 Fw is door de uitleg die de Hoge Raad aan dit vereiste heeft gegeven niet snel sprake. Daar komt bij dat de curator bij de vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen niet geholpen wordt door wettelijke bewijsvermoedens. Dit laat uiteraard onverlet dat de rechter de mogelijkheid heeft om op basis van door de curator aangevoerde feiten en omstandigheden een vermoeden van overleg aan te nemen. Maakt de rechter van deze mogelijkheid gebruik, dan is het vervolgens aan degene met of jegens wie de schuldenaar handelde om dit vermoeden te ontkrachten. Uit het arrest *Cikam/Siemon q.q.* volgt dat het vermoeden van overleg gebaseerd kan worden op het feit dat de bij de aangevochten rechtshandeling betrokken partijen op enigerlei wijze aan elkaar zijn gelieerd.¹⁹³ In de lagere jurisprudentie ziet men dat in een dergelijk geval veelal een vermoeden van overleg door de rechter wordt angenommen.¹⁹⁴

4.2.2.2. Rechtvaardiging vernietiging

Wat rechtvaardigt de vernietiging bij de tweede vernietigingsgrond van art. 47 Fw? In de parlementaire geschiedenis wordt hierover opgemerkt:

"De schuldeischer, die niet bloot een faillissement ducht, maar de zekerheid heeft verkregen dat daartoe aanvrage is gedaan, mag gezegd worden in strijd te handelen

191 Ontleend aan Rb. Utrecht 6 juni 2007, *JOR* 2008/19, nt. NEDF.

192 Zo ook Faber, noot onder Rb. Utrecht 6 juni 2007, *JOR* 2008/19, onder 4. Anders De Weijs 2010, p. 292 e.v.

193 HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 429; *JOR* 2003/102 (*Cikam/Siemon q.q.*).

194 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 4 april 2007, *JOR* 2007/251, nt. NEDF; Rb. Arnhem 4 juli 2007, *JOR* 2008/170, nt. Van Andel; Rb. Utrecht 15 augustus 2007, *JOR* 2007/284, nt. NEDF; Hof Arnhem 15 september 2009, *JOR* 2010/112; Rb. Rotterdam 9 december 2009, *JOR* 2010/355 en Rb. Rotterdam 24 februari 2010, *JOR* 2011/89.

met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeischers in acht te nemen, wanneer hij onder die omstandigheden nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt, en zich op die wijze aan den concursus onttrekt. Dezelfde overweging heeft er toe geleid ook de tweede uitzondering voor te stellen. Zij laat al die gevallen onaangetast, waarin eene schuld op regelmatige wijze wordt geïnd, waarin de betaling verkregen wordt door daarop aan te dringen, vonnis te vragen, beslag te leggen of te executeren. De bedoeling is veeleer uitsluitend de betalingen te treffen, welke hetzij op een *afsprake* [cursivering: RJvdW] berusten om, wanneer het tot een faillissement mocht komen, den schuldeischer buiten de concursus te houden, hetzij – en dat dikwijls op initiatief van den *schuldenaar* [cursivering: RJvdW] – gedaan worden in den vooravond van het faillissement, omdat dit zal worden aangevraagd, en terwijl de schuldeischer volkomen bekend is met den toestand waarin zijn schuldenaar verkeert.”¹⁹⁵

Ook bij de tweede vernietigingsgrond zou de rechtvaardiging voor de vernietiging dus zijn gelegen in het feit dat de schuldeiser in strijd met ‘de goede trouw’ heeft gehandeld ten opzichte van zijn medeschuldeisers. Opmerkelijk is daarom dat voor een succesvol beroep op deze vernietigingsgrond volgens de Hoge Raad onvoldoende is dat alleen de *schuldeiser* het oogmerk had zichzelf boven zijn medeschuldeisers te begunstigen.¹⁹⁶ Zijn handelen is volgens de wetgever kennelijk pas onoorbaar als de rechtshandeling het gevolg is van overleg en ook de *schuldenaar* het begunstigings-oogmerk had. Mijns inziens zou bij het beantwoorden van de vraag of een rechtshandeling paulianeus is, geen belang moeten toekomen aan de wetenschap en/of de intenties van de schuldenaar.¹⁹⁷ Het paulianeuze karakter van een rechtshandeling zou moeten worden vastgesteld in de verhouding tussen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en de benadeelde schuldeisers. Het belang van de schuldenaar is niet in het geding en hoeft dan ook niet te worden beschermd door ook van hem een verwijtbaar handelen te eisen. Zou echter het oogmerk van de schuldenaar buiten beschouwing worden gelaten bij de tweede vernietigingsgrond van art. 47 Fw, dan resteert slechts het oogmerk van de schuldeiser als vereiste voor vernietiging. Ook dit vereiste is mijns inziens niet geschikt om te beoordelen of een verplicht verrichte rechtshandeling paulianeus is. Het enkele feit dat een schuldeiser handelt met het oogmerk zichzelf boven andere schuldeisers te bevoordelen, leidt in beginsel nog niet tot de conclusie dat hij zich onoorbaar heeft gedragen ten opzichte van zijn medeschuldeisers. Hij heeft een tot op zekere hoogte rechtens te respecteren belang om voor

195 Van der Feltz I, p. 449.

196 Zie HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628, nt. PvS (*Gispen q.q./IFN*) en HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 nt. SCJJK; JOR 1999/19 nt. NEDF (*Verkerk/Tiethoff q.q.*).

197 Anders Faber 2005, nr. 323 en Faber 2006, p. 141. Volgens Faber zou met betrekking tot de tweede vernietigingsgrond voldoende moeten zijn dat de schuldenaar wetenschap van benadeling had en de schuldeiser het oogmerk had zichzelf te begunstigen.

zichzelf op te komen.¹⁹⁸ De conclusie is dat de tweede vernietigingsgrond van art. 47 Fw zou moeten komen te vervallen.

4.3. Art. 3.2.5 Voorontwerp Insolventiewet: een verbetering?

4.3.1. Algemeen

In het Voorontwerp Insolventiewet is met betrekking tot de mogelijkheid om verplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen een aantal ingrijpende wijzigingen voorgesteld. Art. 3.2.5 Voorontwerp bepaalt:

"De bewindvoerder kan een rechtshandeling die de schuldenaar binnen drie maanden voor het verzoek tot insolventverklaring verplicht heeft verricht, vernietigen, indien degene met of jegens wie de rechtshandeling werd verricht, wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet te vermijden was en dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn, tenzij er onder de gegeven omstandigheden voor het verrichten van de rechtshandeling een rechtvaardiging bestond."

Op de eerste plaats kent deze bepaling een aantal tekstuele aanpassingen ten opzichte van art. 47 Fw, waarmee geen materiële wijzigingen lijken te zijn beoogd. Zo is het niet meer de 'curator' maar de 'bewindvoerder' die een beroep op de faillissementspauliana doet, is 'faillissement' vervangen door 'insolventverklaring' en wordt niet meer gesproken van de 'voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld', maar van een 'rechtshandeling, die de schuldenaar (...) verplicht heeft verricht'. In verband met de laatstgenoemde wijziging is 'hij die de betaling ontving' veranderd in 'degene met of jegens wie de rechtshandeling werd verricht'. Daarnaast kent art. 3.2.5 Voorontwerp een aantal inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van art. 47 Fw. Zo zijn er niet twee *alternatieve* maar twee *cumulatieve* subjectieve vereisten, geldt er een termijn waarbinnen de aangevochten rechtshandeling moet zijn verricht en is er een 'tenzij-clausule'. Een ander verschil ten opzichte van de huidige regeling van de faillissementspauliana, is dat de regeling van de faillissementspauliana in het Voorontwerp Insolventiewet ook van toepassing is in situaties waarin onder de Faillissementswet surseance van betaling zou zijn verleend. Dit is het gevolg van het feit dat de afzonderlijke procedures voor faillissement, surseance van betaling en schuldsanering van natuurlijke personen in het Voorontwerp Insolventiewet worden vervangen door één geïntegreerde insolventieprocedure.

198 Zie hierover § 5.3.3 van hoofdstuk 2.

Volgens de Commissie insolventierecht is de strekking van art. 3.2.5 Voorontwerp 'gedrag tegen te gaan waardoor een bepaalde schuldeiser zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de concursus creditorum probeert te onttrekken'.¹⁹⁹ Hoewel met art. 3.2.5 Voorontwerp strikt gezien ook kan worden opgekomen tegen benadeling door een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar, lijkt de commissie met name te hebben gedacht aan benadeling als gevolg van een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde. Dit is ook het type benadeling waarvan sprake is in verreweg de meeste gevallen waarin een verplicht verrichte rechtshandeling wordt vernietigd.

4.3.2. Twee cumulatieve subjectieve vereisten

Het eerste subjectieve vereiste van art. 3.2.5 Voorontwerp is wetenschap dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet was te vermijden.²⁰⁰ Deze wetenschap hoeft slechts aanwezig te zijn bij degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en is geobjectiveerd. Een 'behoren te weten' is dus voldoende. De voorgestelde norm komt tegemoet aan de hiervoor gegeven kritiek met betrekking tot (de eerste vernietigingsgrond van) art. 47 Fw.²⁰¹ Mijns inziens sluit deze goed aan bij het doel en de strekking van de faillissementspauliana. Met deze norm wordt het belang van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde, het belang van de benadeelde schuldeisers en het belang van het rechtsverkeer voldoende gediend.²⁰²

In de toelichting bij het eerste subjectieve vereiste van art. 3.2.5 Voorontwerp wordt verwezen naar het arrest AMRO/Curatoren THB.²⁰³ Uit deze verwijzing volgt dat de commissie met dit vereiste heeft willen aansluiten bij de uitleg die door de Hoge Raad is gegeven aan 'niet te goeder trouw' zoals bedoeld in art. 54 lid 1 Fw. De commissie komt hiermee tegemoet

199 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 222. Zie over het gebruik van het begrip 'redelijkheid en billijkheid' met betrekking tot de faillissementspauliana § 4.2.1.2 van dit hoofdstuk.

200 De toelichting spreekt in afwijking van art. 3.2.5 Voorontwerp overigens over wetenschap dat de insolventverklaring 'redelijkerwijs' niet was te vermijden, zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 223.

201 Zie § 4.2.1.2 van dit hoofdstuk.

202 Anders De Weijs 2010, p. 306-307. Volgens De Weijs kan de voorgestelde norm tot een zeer ruim toepassingsgebied van art. 3.2.5 Voorontwerp leiden. Dit is volgens hem niet in overeenstemming met de gedachte dat verplicht verrichte rechtshandelingen slechts in uitzonderingsgevallen kunnen worden vernietigd. Hij geeft echter niet aan waarom de norm van art. 3.2.5 Voorontwerp niet in staat zou zijn om slechts die uitzonderingsgevallen aan te wijzen.

203 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 223 en HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449, nt. JBMV (AMRO/Curatoren THB).

aan de door bepaalde auteurs geuite wens om de subjectieve vereisten van art. 47 Fw (vgl. art. 3.2.5 Voorontwerp) en art. 54 lid 1 Fw (vgl. art. 3.3.2 lid 1 Voorontwerp) gelijk te trekken.²⁰⁴ Niet alleen het eerste subjectieve vereiste van art. 3.2.5 Voorontwerp, maar ook het vereiste van wetenschap van benadeling en de 'tenzij-clausule' zijn tevens in art. 3.3.2 lid 1 Voorontwerp terug te vinden. De driemaandentermijn van art. 3.2.5 Voorontwerp ontbreekt echter. Volgens de commissie is deze in art. 3.3.2 lid 1 Voorontwerp 'nodig noch gewenst'.²⁰⁵

Opmerkelijk is dat het in art. 3.2.5 en 3.3.2 lid 1 Voorontwerp opgenomen vereiste van wetenschap dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet was te vermijden strenger is dan het vereiste dat voortvloeit uit het in de toelichting genoemde arrest AMRO/Curatoren THB. In dat arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de overnemer van een vordering of schuld 'niet te goeder trouw' is in de zin van art. 54 lid 1 Fw, indien hij ten tijde van de overneming:

'wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement (...) *was te verwachten* [cursivering: RJvdW]'.²⁰⁶

De wetenschap dat een faillissement of een insolventverklaring *is te verwachten* zal mijns inziens eerder aanwezig zijn dan de wetenschap dat een faillissement of een insolventverklaring *niet is te vermijden*. De veronderstelling dat laatstgenoemd criterium thans voor art. 54 lid 1 Fw geldt, vindt mogelijk haar oorzaak in het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO I.²⁰⁷ In dit arrest heeft de Hoge Raad de afstemming van 'wetenschap van de faillissementsaanvraag' (art. 47 Fw) op 'niet te goeder trouw' (art. 54 lid 1 Fw) afgewezen. In het in dit verband relevante onderdeel van het cassatiemiddel stelde de curator dat het hof had miskend dat wanneer de schuldeiser wist (of behoorde te weten) dat het faillissement van de schuldenaar *onvermijdelijk* was, aanleiding bestaat om een vergelijkbare maatstaf te hanteren als die van art. 54 lid 1 Fw.²⁰⁸

204 Zie Hilverda 1992, p. 259-260; Kortmann en Faber 1996-I, p. 126; Vriesendorp 1996, p. 77-78; Kortmann en Faber 1998, p. 51; Verstijlen 1998, p. 70-71; Vriesendorp 1999, p. 172 e.v.; Kortmann, Faber, Nowak en Veder 2001, p. 901; Faber 2005, nr. 317 en Faber 2006, p. 135 e.v.

205 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 230. Kritisch over het ontbreken van de driemaandentermijn is Faber 2008, p. 199.

206 Hetzelfde criterium volgt uit HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578, nt. PHANH (*Doyer & Kalfj*). Volgens Faber moet onder 'weten' ook 'behoren te weten' worden begrepen, zie Faber 2005, nr. 382.

207 HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, nt. PvS; JOR 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*).

208 Zie r.o. 3.5.1 en 3.5.2.

Het tweede subjectieve vereiste van art. 3.2.5 Voorontwerp is wetenschap van benadeling. Net als voor het eerste subjectieve vereiste geldt, is de wetenschap geobjectiveerd en hoeft deze slechts aanwezig te zijn bij degene met of jegens wie de schuldenaar handelde.²⁰⁹ '[B]ij ontbreken van dergelijke (normatieve) wetenschap van benadeling bij de schuldeiser, is er voor een vernietiging geen plaats', aldus de commissie.²¹⁰ Het opnemen van dit tweede subjectieve vereiste is toe te juichen. Naar geldend recht lijkt het voor degene met of jegens wie de schuldenaar handelde niet mogelijk om wanneer aan alle vereisten voor vernietiging is voldaan, aan een succesvol beroep op art. 47 Fw te ontkomen door aan te tonen dat hij geen wetenschap van benadeling had. Dit is mijns inziens onwenselijk omdat hem bij het ontbreken van wetenschap van benadeling geen onoorbaar handelen kan worden verweten.²¹¹ Het is daarom goed het vereiste van wetenschap van benadeling expliciet in de wet op te nemen.

Het vereiste van wetenschap van benadeling in art. 3.2.5 Voorontwerp moet mijns inziens op dezelfde manier worden uitgelegd als eerder in dit hoofdstuk is verdedigd met betrekking tot art. 42 Fw ('wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling met een redelijke mate van waarschijnlijkheid benadeling tot gevolg zou hebben').²¹² De uitleg die de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III heeft gegeven ('het faillissement en een tekort daarin [waren] met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien') heeft tot gevolg dat het vereiste van wetenschap van benadeling nauwelijks zelfstandige betekenis heeft naast het vereiste van wetenschap dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet was te vermijden.²¹³ In beide subjectieve vereisten van art. 3.2.5 Voorontwerp zou dan een bepaalde mate van voorzienbaarheid omtrent de naderende insolventverklaring terugkomen.

De commissie ziet in dat de twee subjectieve vereisten van art. 3.2.5 Voorontwerp een ruimere mogelijkheid geven om verplicht verrichte rechts-

209 Met betrekking tot beide subjectieve vereisten van art. 3.2.5 Voorontwerp komt aan de wetenschap en/of de intenties van de *schuldenaar* geen rol meer toe. Dit is mijns inziens een verbetering ten opzichte van art. 47 Fw. Zie hierover § 4.2.2.2 van dit hoofdstuk.

210 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 223.

211 Zie § 4.2.1.1 van dit hoofdstuk.

212 Zie § 3.2 van dit hoofdstuk.

213 Bovendien komt mijn benadering tegemoet aan de door De Weijs geuite kritiek dat in art. 3.2.5 Voorontwerp geen wetenschap van de materiële insolventie van de schuldenaar zou zijn vereist, zie De Weijs 2010, p. 306. Dit vereiste geldt in de door mij voorgestane interpretatie van wetenschap van benadeling wel, zie § 3.2 van dit hoofdstuk.

handelingen te vernietigen. Toch hoeft volgens haar niet te worden gevreesd dat het normale betalings- en handelsverkeer wordt belemmerd:

"Wanneer de schuldenaar gewoon doet, wat hij moet doen (namelijk zijn verplichtingen nakomen), zal de bewindvoerder in dat bewijs doorgaans niet slagen."²¹⁴

De vraag is waar de commissie deze stelling op baseert. Ook als de schuldenaar zonder enige bemoeienis van zijn schuldeiser een verplichting aan hem is nagekomen, is het goed mogelijk dat de desbetreffende schuldeiser wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet was te vermijden en dat de overige schuldeisers door de voldoening zouden worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Waarom zou de bewindvoerder dit in de regel niet kunnen bewijzen? Is de commissie met mij van oordeel dat *passief* verkregen voldoeningen niet met de faillissementspauliana zouden moeten kunnen worden aangevochten, omdat dan van een onoorbare gedraging van de schuldeiser jegens zijn medeschuldeisers geen sprake is?²¹⁵ De strekking van de twee subjectieve vereisten van art. 3.2.5 Voorontwerp is volgens de commissie tenslotte gedrag tegen te gaan waardoor een bepaalde schuldeiser zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de concursus creditorum probeert te onttrekken,²¹⁶ hetgeen een zekere *actieve* handeling van de schuldeiser veronderstelt. Zou de commissie een dergelijke wijziging ten opzichte van art. 47 Fw voor ogen hebben gehad, dan had het echter voor de hand gelegen dat zij hiervan in de toelichting melding had gemaakt.

4.3.3. De driemaandentermijn

Volgens de tekst van art. 3.2.5 Voorontwerp kunnen verplicht verrichte rechtshandelingen slechts worden vernietigd als deze zijn verricht 'binnen drie maanden voor het verzoek tot insolventverklaring'. Hiermee zal niet bedoeld zijn dat rechtshandelingen die zijn verricht in de periode tussen het indienen van het verzoek tot insolventverklaring en de uiteindelijke insolventverklaring zelf, niet met art. 3.2.5 Voorontwerp kunnen worden aangetast. Vermoedelijk is sprake van een verschrijving en heeft de commissie bedoeld alle rechtshandelingen die zijn verricht in de periode tussen drie maanden vóór het verzoek tot insolventverklaring en de insolventverklaring zelf onder het bereik van art. 3.2.5 Voorontwerp te bren-

214 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 223.

215 Zie hierover § 4.2.1.2 van dit hoofdstuk.

216 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 222. Zie over het gebruik van het begrip 'redelijkheid en billijkheid' met betrekking tot de faillissementspauliana § 4.2.1.2 van dit hoofdstuk.

gen.²¹⁷ Wordt de behandeling van het verzoek tot insolventverklaring een of meerdere keren aangehouden, dan kan deze 'verdachte periode' zich gemakkelijk uitstrekken over een tijdspanne van 4 à 5 maanden teruggerekend vanaf de insolventverklaring.

Met de mogelijkheid om op grond van art. 3.2.5 Voorontwerp rechtshandelingen te vernietigen die zijn verricht in de periode tot drie maanden voorafgaand aan het verzoek tot insolventverklaring, wordt volgens de commissie bereikt 'dat eventueel strategisch gedrag in de aanloop tot de insolventverklaring onder de reikwijdte van deze bepaling valt'.²¹⁸ Ik betwijfel of dit inderdaad het geval is.²¹⁹ Het stellen van een termijn waarbinnen de aangevochten rechtshandeling moet zijn verricht werkt strategisch gedrag mijns inziens juist in de hand. Dit geldt met name ten aanzien van schuldeisers die tot op zekere hoogte invloed kunnen uitoefenen op het moment waarop het doek voor een niet levensvatbare onderneming definitief valt. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan kredietverstrekkers en (groot)aandeelhouders. De voorgestelde driemaandentermijn verdraagt zich derhalve niet goed met het doel en de strekking van art. 3.2.5 Voorontwerp. Om dezelfde reden lijkt indertijd te zijn afgezien van het opnemen van een termijn in art. 47 Fw:²²⁰

"Het stellen van een termijn, gelijk de Raad van State wenschelijk acht, ware naar de meening van den ondergeteekende, in strijd met het wezen van deze bepaling."²²¹

Zie ik het goed, dan heeft de commissie met het stellen van de driemaandentermijn tegemoet willen komen aan het verzet vanuit de bancaire sector tegen de versoepeling van de subjectieve vereisten die gelden voor de vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen. Deze versoepeling heeft vermoedelijk aanzienlijke gevolgen voor partijen die krediet verstrekken op basis van stil verpande vorderingen.²²² Omdat vestiging bij voorbaat slechts mogelijk is met betrekking tot vorderingen die voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 lid 1 BW), is het noodzakelijk dat kredietnemers periodiek vestigingshandelingen blijven verrichten om de zekerheden van de kredietgever op het gewenste niveau te houden. Alleen dan kan met betrekking tot (toekomstige) vorderingen,

217 Zie ook Faber 2008, p. 181.

218 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 223.

219 Zo ook Van Dijck 2008, p. 55.

220 Faber heeft zich omwille van de rechtszekerheid voorstander getoond van een dergelijke beperking van het toepassingsbereik van art. 47 Fw, zie Faber 2006, p. 139 en 141 en Faber 2008, p. 180.

221 Van der Feltz I, p. 450.

222 Zie hierover Beekhoven van den Boezem 2008, p. 72-75.

waarvan de onderliggende rechtsverhouding pas na het verrichten van de vorige vestigingshandeling is ontstaan, een geldig stil pandrecht tot stand komen. De vrees bestaat dat onder het soepelere regime van art. 3.2.5 Voorontwerp meer vestigingshandelingen kunnen worden vernietigd dan thans het geval is. Hierdoor zal een bank die de continuïteit van de onderneming nastreeft en het toestaat dat de aan haar verpande zaken in het kader van de normale bedrijfsuitoefening onbezwaard door de schuldenaar worden vervreemd, haar 'onaantastbare' pandrecht op die zaken vervangen zien worden door een 'aantastbaar' pandrecht op vorderingen. Als de wetgever aan dit bezwaar tegemoet wil komen en het (met betrekking tot de faillissementspauliana bestaande) onderscheid tussen verpanding van rechten op naam en verpanding van andere goederen op wil heffen, dan zou dit mijns inziens moeten geschieden door de in art. 3:239 lid 1 BW opgenomen beperking af te schaffen.

4.3.4. De tenzij-clausule

Een verplicht verrichte rechtshandeling kan worden vernietigd als aan alle daarvoor in art. 3.2.5 Voorontwerp gestelde vereisten is voldaan, 'tenzij er onder de gegeven omstandigheden voor het verrichten van de rechtshandeling een rechtvaardiging bestond'. Uit de toelichting blijkt dat toepassing van deze tenzij-clausule beperkt moet blijven tot uitzonderingsgevallen.²²³ Omdat dit laatste uit de tekst van art. 3.2.5 Voorontwerp onvoldoende blijkt, zou het goed zijn daarin – evenals in de toelichting – op te nemen dat het moet gaan om een 'voldoende' rechtvaardiging.²²⁴ Het is aan dege- met of jegens wie de schuldenaar handelde om aannemelijk te maken dat een voldoende rechtvaardiging bestond voor het verrichten van de aangevochten rechtshandeling.²²⁵ Met betrekking tot de vraag in welke gevallen van een voldoende rechtvaardiging sprake kan zijn, merkt de commissie op:

"Dit doet zich voor bij transacties die tot de normale bedrijfsuitoefening behoren of die anderszins gebruikelijk zijn, zodat deze buiten het bereik van deze bepaling vallen. In dit verband kan worden gedacht aan normale leveranties of dienstverleningen tegen (contante) betaling door leveranciers en dienstverleners die van de penibele situatie op de hoogte zijn en dus weten dat een betaling aan hen technisch gesproken tot benadeling van de schuldeisers leidt. Voorts valt te denken aan de advocaat die de schuldenaar bijstaat in zijn verweer tegen een verzoek tot insolventverklaring en daarvoor betaald wordt. In al deze gevallen is voor de pauliana geen

223 Vgl. Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 223 en 224.

224 Zie ook Faber 2008, p. 181.

225 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 224.

plaats, mits en voor zover de prestatie van de schuldenaar gelijkwaardig is aan de daar tegenover staande prestatie van de wederpartij.²²⁶

Uit de in de toelichting genoemde voorbeelden lijkt te volgen dat het voornaamste doel van de tenzij-clausule is om het reorganiserend vermogen van ondernemingen in financiële moeilijkheden te versterken. Kennelijk geven de subjectieve vereisten van art. 3.2.5 Voorontwerp volgens de commissie onvoldoende ruimte om normale handelstransacties met de schuldenaar te verrichten wanneer hij financiële moeilijkheden heeft en deze voor de buitenwereld kenbaar zijn. Hetzelfde probleem zal zijn gesignaleerd met betrekking tot het verlenen van (juridische) bijstand aan de schuldenaar in het kader van die financiële moeilijkheden. Als derden vanwege 'paulianadreiging' niet meer bereid zijn om normale handelstransacties met de schuldenaar te verrichten en hem niet meer van juridische bijstand willen voorzien, dan kan dit – ook voor de schuldeisers van de schuldenaar – onwenselijke gevolgen hebben.²²⁷ De onderneming van de schuldenaar moet wellicht worden stilgelegd – met het risico dat de *going concern* waarde en werkgelegenheid verloren gaat – en/of de mogelijkheid om insolventverklaring te voorkomen kan niet worden benut. De commissie zal met het opnemen van de tenzij-clausule in art. 3.2.5 Voorontwerp een dergelijke gang van zaken hebben proberen te voorkomen.

Bij de in de toelichting genoemde voorbeelden moet goed in het oog worden gehouden dat de *overeenkomst* op grond waarvan de schuldenaar goederen en/of diensten geleverd krijgt in beginsel niet onder het bereik van de tenzij-clausule valt. Deze zal in de regel *onverplicht* gesloten zijn en dus überhaupt niet aan art. 3.2.5 Voorontwerp worden getoetst. Hoewel de toelichting op dit punt niet uitblinkt in helderheid, gaat het bij de tenzij-clausule om de *voldoening* door de schuldenaar van het op grond van de overeenkomst verschuldigde (voor zover het een *verplicht* verrichte rechtshandeling betreft). Waar in de toelichting (impliciet) bedoeld wordt op een tussen de schuldenaar en zijn wederpartij onverplicht gesloten overeenkomst, zal dit vermoedelijk zijn gedaan om het aan de tenzij-clausule ten grondslag liggende probleem te illustreren: een derde die op de hoogte is van de financiële problemen van de schuldenaar wil geen overeenkomst meer met hem aangaan omdat hij vreest dat de *voldoening* door de schuldenaar van het op grond van die overeenkomst verschuldigde paulianeus zal zijn. Met de opmerking dat voor de faillissementspauliana geen plaats is als de prestatie van de schuldenaar 'gelijkwaardig' is aan die van zijn we-

226 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 224.

227 Vgl. Gispen 1998-II, p. 223-224.

derpartij, zal mijns inziens slechts zijn bedoeld dat in dat geval ook de aan de voldoening ten grondslag liggende overeenkomst niet voor vernietiging in aanmerking komt. Anders dan De Weijs,²²⁸ ben ik van mening dat de *onverplicht* verrichte rechtshandelingen uit de twee in de toelichting genoemde voorbeelden niet onder het toepassingsbereik van art. 3.2.5 Voorontwerp vallen. Dit geldt evenmin voor de elders in de toelichting van art. 3.2.5 Voorontwerp genoemde (overeenkomst tot) '(aanvullende) financiering tegen verstrekking van zekerheden'. De commissie merkt expliciet op dat deze rechtshandeling aan art. 3.2.3 Voorontwerp – en dus niet aan art. 3.2.5 Voorontwerp – moet worden getoetst.²²⁹ Als de commissie deze onverplicht verrichte rechtshandelingen onder het bereik van art. 3.2.5 Voorontwerp had willen brengen, dan zou dit een zodanig fundamentele afwijking van het huidige recht en de tekst van art. 3.2.1, 3.2.3 en 3.2.5 Voorontwerp zijn geweest dat dit ongetwijfeld uitvoerig zou zijn toegelicht.

Uit de toelichting volgt dat de commissie ervan uitgaat dat de betaling aan degene van wie in het zicht van faillissement goederen en/of diensten zijn afgenomen steeds leidt tot een verstoring van de tussen schuldeisers bestaande rangorde.²³⁰ Dit is echter niet het geval. Heeft de schuldeiser bijvoorbeeld ten tijde van de betaling de desbetreffende goederen en/of diensten nog niet geleverd, dan is de tussen schuldeisers bestaande rangorde in de regel niet verstoord. Van een 'voordringen' ten opzichte van de overige schuldeisers is geen sprake. Zou de vordering *van* deze schuldeiser niet zijn betaald, dan had de schuldenaar (of de curator) ook niet met succes nakoming van de vordering *op* deze schuldeiser kunnen afdwingen. In zoverre is zijn positie vergelijkbaar met die van een derde die niet in de samenloop van schuldeisers betrokken is.²³¹ Hij loopt (nog) geen insolventierisico op de schuldenaar. Is van benadeling geen sprake, dan is een beroep op de tenzij-clausule niet nodig.

Naast de hiervoor al besproken voorbeelden, noemt de commissie in de toelichting een aantal omstandigheden aan de hand waarvan zou moeten worden beoordeeld of een succesvol beroep op de tenzij-clausule mogelijk is:

228 Zie De Weijs 2008, p. 246 en De Weijs 2010, p. 301-302 en 305. Volgens De Weijs heeft de commissie 'niet enkel de *norm* van artikel 47 Fw opgerekt, maar (...) daarmee ook het *toepassingsgebied* van artikel 47 Fw uitgebreid'.

229 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 223.

230 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 224.

231 Zie § 3.3 van hoofdstuk 4. Hetzelfde geldt als hij zich ten tijde van de voldoening op een eigendomsvoorbehoud of het recht van reclame had kunnen beroepen.

"(...) Het ontbreken van voldoende rechtvaardiging voor de betaling/rechtshandeling zal moeten blijken uit de omstandigheden waaronder de betaling is gedaan resp. de rechtshandeling is verricht, de redenen daarvoor, de relatie van de wederpartij ten opzichte van de schuldenaar en de wetenschap bij die wederpartij omtrent de financiële situatie van de schuldenaar."²³²

Enigszins verwarrend is dat de commissie spreekt over het 'ontbreken' van voldoende rechtvaardiging. Het is immers niet de bewindvoerder die voor een succesvol beroep op art. 3.2.5 Voorontwerp aannemelijk moet maken dat voldoende rechtvaardiging *ontbrak*.²³³ Wanneer aan alle vereisten voor vernietiging is voldaan, zal degene met of jegens wie de schuldenaar handelde aannemelijk moeten maken dat voor het verrichten van de aangevochten rechtshandeling voldoende rechtvaardiging *bestond* (om zo alsnog aan een succesvol beroep op art. 3.2.5 Voorontwerp te ontkomen). De commissie had dus beter over het 'bestaan' van voldoende rechtvaardiging kunnen spreken, dan over het 'ontbreken' daarvan. De ongelukkige formulering van de commissie is mogelijk gevolg van het feit dat de genoemde omstandigheden dezelfde zijn als die welke het Hof 's-Hertogenbosch in een arrest uit 2005 van belang achtte bij het beantwoorden van de vraag of de schuldenaar door het verrichten van selectieve betalingen onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de niet betaalde schuldeisers.²³⁴ Anders dan voor de tenzij-clausule van art. 3.2.5 Voorontwerp geldt, moest aan de hand van de genoemde omstandigheden niet het 'rechtmatige', maar het 'onrechtmatige' karakter van de betaling worden vastgesteld. Overigens lijkt het mij onjuist om bij de vraag of een rechtshandeling, ondanks dat aan de vereisten van art. 3.2.5 Voorontwerp is voldaan, toch in stand mag blijven, dezelfde omstandigheden te laten meewegen als bij de vraag of de *schuldenaar* door bepaalde betalingen te doen onrechtmatig heeft gehandeld jegens zijn schuldeisers. Op de eerste plaats zou de vraag of de schuldenaar al dan niet verwijtbaar heeft gehandeld in het kader van een beroep op de faillissementspauliana niet van belang moeten zijn.²³⁵ Daarnaast is 'de wetenschap bij die wederpartij omtrent de financiële situatie

232 Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 223.

233 Zie in dit verband ook Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 223: "(...) voor het verrichten van de betaling of rechtshandeling bestond geen rechtvaardiging." Ook hier lijkt het *ontbreken* van voldoende rechtvaardiging ten onrechte als een vereiste voor vernietiging te worden gesteld.

234 Zie Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2005, JOR 2005/166, r.o. 4.9.3. Opmerkelijk is dat dit arrest in de toelichting niet genoemd wordt bij de tenzij-clausule, maar bij het benadelingsvereiste, zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 223. In het geschil waarover het hof moest beslissen was onbetwist dat de schuldeisers door de betalingen waren benadeeld. Vermoedelijk is het arrest bij vergissing in de verkeerde passage van de toelichting terechtgekomen.

235 Zie § 3.1 en § 4.2.2.2 van hoofdstuk 5, § 6.3.3 van hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7.

van de schuldenaar' in het kader van de tenzij-clausule niet relevant. Dit subjectieve element is bij een beroep op art. 3.2.5 Voorontwerp al aan bod gekomen bij de twee wetenschapsvereisten.²³⁶

5. NIET NADELIG SAMENSTEL VAN RECHTSHANDELINGEN

5.1. Inleiding

Een rechtshandeling die op zichzelf beschouwd tot benadeling van schuldeisers leidt, maar deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen dat als zodanig geen benadeling tot gevolg heeft gehad, kan niet worden vernietigd. Deze regel kan worden afgeleid uit het doel en de strekking van de faillissementspauliana en uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.²³⁷ Dat met de faillissementspauliana een rechtshandeling steeds afzonderlijk wordt aangevochten,²³⁸ betekent niet dat bij de vraag of deze rechtshandeling tot benadeling heeft geleid nooit rekening mag worden gehouden met de voor schuldeisers gunstige gevolgen van andere rechtsfeiten. Het 'nadeel' van de aangevochten rechtshandeling kan dus onder omstandigheden worden opgeheven door het 'voordeel' van een ander rechtsfeit. In het vervolg van deze paragraaf wordt door middel van een analyse van de relevante arresten van de Hoge Raad onderzocht in welke gevallen dit mogelijk is. Eerst wordt echter kort stilgestaan bij de vraag wat in dit verband onder een 'voordeel' moet worden verstaan.

5.2. Verbetering verhaalsmogelijkheden schuldeisers

Het spreekt haast voor zich dat nadeel bestaande uit een verslechtering van de verhaalsmogelijkheden van bepaalde schuldeisers, alleen kan worden opgeheven door voordeel bestaande uit een verbetering van de verhaalsmogelijkheden van *diezelfde* schuldeisers. Voordelen die ten goede zijn gekomen aan (de schuldeisers van) een vennootschap die tot dezelfde groep behoort als de schuldenaar zijn met betrekking tot het beroep op de faillissementspauliana derhalve in beginsel niet relevant.²³⁹

236 Vgl. Faber 2008, p. 182.

237 Vgl. HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (*Curatoren Eneca/BACM*); HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214, nt. PvS (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*) en HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21, nt. PvS (*Smit/Van Hees q.q.*). Anders HR 18 januari 2008, NJ 2008, 335, nt. PvS; JOR 2008/83, nt. Spinath (*Slijm/Brouwer*). Zie hierover ook § 5.2.3 van hoofdstuk 4.

238 Zie § 2.3.1 van hoofdstuk 3.

239 Zie ook Abendroth 2006, p. 64. Het tegenoverstelde mag niet worden afgeleid uit HR 18 april 2003, JOR 2003/ 160, nt. Bartman (*Rivier de Lek/Van de Wetering*). Zie anders Rb. Almelo 9 februari 2011, LJN: BP 6539, r.o. 4.8.

Is het (vrije) voor verhaal vatbare *actief* van de schuldenaar *vermeerderd*,²⁴⁰ dan zal dit in veel gevallen leiden tot een verbetering van de verhaalspositie van de benadeelde schuldeisers. Bij een *vermindering* van de verifieerbare *vorderingen* op de schuldenaar ligt dit anders. De voldoening van een schuld door de schuldenaar leidt in de regel slechts tot een voordeel voor de voldane schuldeiser en niet tot een verbetering van de verhaalspositie van de (overige) benadeelde schuldeisers. In het beste geval heeft de voldoening voor hen een neutraal effect, bijvoorbeeld als een schuldeiser is voldaan die in geval van faillissement een uitkering van dezelfde omvang zou hebben gekregen. Van een voordeel is mogelijk wel sprake als de desbetreffende schuldeiser niet ten laste van de schuldenaar, maar ten laste van een *derde* is voldaan. Het actief dat tijdens faillissement door de curator had moeten worden aangewend om deze schuldeiser te voldoen, komt dan 'vrij' ten gunste van de overige schuldeisers, zonder dat hier een prestatie uit de boedel tegenover heeft gestaan.

Het gebeurt in de praktijk geregeld dat een schuldeiser onder dreiging van beslaglegging, faillissementsaanvraag of beëindiging van de (krediet)overeenkomst voldoening van of zekerheidstelling voor zijn vordering afdwingt. Wordt de voldoening of zekerheidstelling in een nadien uitgesproken faillissement aangevochten, dan stelt de desbetreffende schuldeiser zich wel eens op het standpunt dat ook rekening moet worden gehouden met bepaalde voordelen die voor de overige schuldeisers verbonden zouden zijn aan de aangevochten rechtshandeling. Deze zouden er dan in bestaan dat het faillissement nog enige tijd is uitgesteld, niet tot beslaglegging is overgegaan, de kredietovereenkomst nog enige tijd is voortgezet, aan de schuldenaar uitstel van betaling is verleend, etc. Het verbaast niet dat een dergelijk betoog zelden gehoor vindt.²⁴¹ Het enkele feit dat genoemde omstandigheden zich hebben voorgedaan, leidt immers niet tot enige verbetering van de verhaalsmogelijkheden van de benadeelde schuldeisers.²⁴²

240 Bijvoorbeeld door de afstand van een pand- of hypotheekrecht door een schuldeiser.

241 Zie bijvoorbeeld HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654; *JOR* 2001/269, nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*), r.o. 3.6 en Rb. Leeuwarden 17 januari 2007, *JOR* 2007/250, nt. NEDF, r.o. 5.6.5.

242 Kennelijk anders Wessels 2010, nr. 3101.

5.3. Het criterium

5.3.1. Curatoren Eneca/BACM

Een van de arresten van de Hoge Raad waaruit volgt dat bij de benadelingsvraag onder omstandigheden niet alleen moet worden gekeken naar de nadelige gevolgen van de aangevochten rechtshandeling, maar ook rekening moet worden gehouden met de gunstige gevolgen van een *ander* rechtsfeit, is Curatoren Eneca/BACM.²⁴³

BACM financierde de aannemingsactiviteiten die Eneca verrichtte voor met name Antilliaanse en Surinaamse overheden. Tot zekerheid van het door BACM verleende krediet, heeft Eneca enkele vorderingen fiduciair gecedeerd aan haar lokale bankiers. De geïnde bedragen werden op een rekening gezet waarover BACM kon beschikken. Wanneer Eneca eind 1973 in financiële problemen komt, overweegt BACM de financiering te beëindigen. De Antilliaanse overheid oefent druk uit op BACM om dit niet te doen. Het beëindigen van de financiering zou tot het faillissement van Eneca leiden en dit zou ernstige economische en maatschappelijke consequenties hebben. BACM besluit vervolgens door te gaan met het financieren van Eneca, maar slechts onder de voorwaarde dat Eneca enkele van haar roerende zaken fiduciair aan BACM overdraagt. Na het verstrekken van deze zekerheden heeft Eneca verschillende werken voortgezet met het gevolg dat door haar principalen betalingen werden gedaan. De geïnde bedragen kwamen als gevolg van voornoemde zekerheidscasses ter beschikking van BACM die hiermee bepaalde schulden van Eneca heeft betaald. Nog geen drie maanden na de fiduciaire overdracht van de roerende zaken faillieert Eneca. De curatoren gaan op grond van art. 38 Faillissementsbesluit 1931 – waarvan de tekst nagenoeg hetzelfde luidt als die van art. 42 Fw – over tot vernietiging van (de overeenkomst die ten grondslag ligt aan) deze zekerheidsoverdracht.

Het Hof van de Nederlandse Antillen wijst de vordering van curatoren af. Het is van oordeel dat de aangevochten rechtshandeling *verplicht* is verricht en daarom niet voor vernietiging op grond van art. 38 Faillissementsbesluit 1931 in aanmerking komt.²⁴⁴ Het overweegt bovendien:

" (...) dat geenszins vast is komen te staan dat de schuldeisers zijn benadeeld, daar BACM reeds voor de fiduciaire eigendomsovergang verschuldigde betalingen op gecedeerde aannemingssommen tot een totaal van f 1 175 000, welke volgens art. 13 sub d van de overeenkomst van 5 september 1972 allereerst dienden ter afbetaling van door BACM gewaarborgde bankcredieten, na de fiduciaire eigendomsoverdracht heeft doen strekken tot betaling van schuldeisers van Eneca, terwijl het zeer de vraag is of het gehele equipment [de tot zekerheid overgedragen roerende zaken: RjvdW] een waarde heeft gelijk aan dit bedrag."

243 HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (Curatoren Eneca/BACM).

244 Evenals art. 42 Fw ziet deze bepaling slechts op door de schuldenaar *onverplicht* verrichte rechtshandelingen.

Volgens het hof moet bij de benadelingsvraag een vergelijking worden gemaakt tussen de waarde van de op grond van de aangevochten rechtshandeling in zekerheid gegeven roerende zaken en de waarde van de in zekerheid gegeven vorderingen waarvan het geïnde – anders dan in de kredietovereenkomst was bepaald – niet aan BACM, maar aan andere schuldeisers van Eneca ten goede is gekomen. Omdat de totale waarde van deze vorderingen vermoedelijk gelijk of hoger is dan die van de in zekerheid gegeven roerende zaken, is de benadeling van schuldeisers niet vast komen te staan, aldus het hof. Het gaat er dus van uit dat de benadeling die het gevolg is van de fiduciaire overdracht van de roerende zaken aan BACM, wordt opgeheven door het feit dat BACM zich niet heeft voldaan uit het geïnde van de ten behoeve van haar fiduciair gecedeerde vorderingen, maar het geïnde heeft gebruikt om bepaalde andere schuldeisers van Eneca te betalen. BACM heeft haar rechten op het geïnde van de fiduciair gecedeerde vorderingen als het ware vervangen voor die op de – minder waardevolle – roerende zaken.

Nu zal in het algemeen gelden dat het vervangen van de ene zekerheid voor de andere niet tot benadeling van schuldeisers leidt.²⁴⁵ Tegenover het (gedeeltelijk) onttrekken van bepaalde goederen aan het verhaal door de schuldeisers staat de extra verhaalsmogelijkheid voor hen op de door de zekerheidsnemer 'vrijgegeven' goederen. Ik betwijfel echter of deze situatie zich in het onderhavige geval voordoet. Dat BACM zich niet heeft voldaan uit het geïnde van de fiduciair gecedeerde vorderingen lijkt voor de overige schuldeisers van Eneca uiteindelijk niet tot een verbetering van hun verhaalsmogelijkheden te hebben geleid. Het geïnde is door BACM immers niet aan het actief van Eneca toegevoegd, maar aangewend om bepaalde schuldeisers van Eneca te voldoen. Voor zover deze schuldeisers in het faillissement van Eneca niet een uitkering van minimaal dezelfde omvang zouden hebben gekregen, weegt de vermindering van het totaal aan verifieerbare vorderingen voor de overige schuldeisers van Eneca niet op tegen de vermindering van het vrije actief dat als gevolg van de aangevochten rechtshandeling heeft plaatsgevonden.

De curatoren van Eneca gaan in cassatie. Cassatiemiddel II klaagt over de volgens het hof niet vaststaande benadeling van schuldeisers:

245 Zie Faber 1999, p. 138 en Vermunt, noot onder Hof Arnhem 25 maart 2003, JOR 2003/131, onder 5. Vgl. ook A-G Bakels, conclusie voor HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654; JOR 2001/269, nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*), onder 2.10.

"Het hof heeft in ieder geval in het voren-overwogene voorbijgezien dat voor de vraag of er van benadeeld zijn in de zin van art. 38 van gemeld Besluit sprake is het er om gaat, of de schuldeisers door de betrokken handeling zijn benadeeld. En voor die vraag is niet – althans niet zonder meer – beslissend of daarnaast nog andere feiten of handelingen bestaan in de relatie tussen de schuldenaar en degeen met wie deze de handeling verricht (...) waardoor schuldeisers ook en tegelijkertijd – althans daarna – voordelen kunnen hebben of verkrijgen. In ieder geval had het Hof moeten onderzoeken of het niet uitoefenen door BACM van het BACM op grond van het haar uit de overeenkomst van 5 sept. 1972 toekomende recht uit een en dezelfde oorzaak voortkwam als het nadeel dat ontstond door de litigieuze fiduciaire eigendoms-overdracht, althans (mede) een (redelijkerwijs te verwachten) gevolg was van die fiduciaire eigendomsoverdracht en is 's Hof's vonnis ook daarom rechtens onjuist, althans niet naar de eis der wet met redenen omkleed, omdat het Hof daaromtrent niets vaststelt, zijnde het enkele feit dat na de fiduciaire eigendomsoverdracht betalingen aan schuldeisers van Eneca zouden zijn gedaan – zoals het Hof veronderstelt – nog niet beslissend voor de vraag of het doen van die door het Hof veronderstelde betalingen uit dezelfde oorzaak voortkwamen als de nadelen die de fiduciaire eigendomsoverdracht meebracht, althans (mede) een daarvan redelijkerwijs te verwachten gevolg waren."

Volgens de curatoren geeft het oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat bij het beantwoorden van de benadelingsvraag niet (zonder meer) rekening hoeft te worden gehouden met voordelen die de schuldeisers hebben verkregen uit feiten en omstandigheden die buiten de aangevochten rechtshandeling zijn gelegen. Het oordeel van het hof zou in ieder geval onvoldoende gemotiveerd zijn, omdat het hof niet heeft vastgesteld of er – kort gezegd – tussen het nadeel en het voordeel voldoende verband bestaat. De Hoge Raad gaat cassatietechnisch gezien niet op dit middel in. De verwerping van cassatiemiddel III – dat betrekking heeft op de wetenschap van benadeling – brengt volgens hem mee dat cassatiemiddel II onbesproken kan blijven. In zijn overwegingen met betrekking tot cassatiemiddel III lijkt de Hoge Raad echter toch in te gaan op wat door curatoren is gesteld over de benadelingsvraag.²⁴⁶ Hij overweegt:

"(...) dat wanneer het verrichten van een handeling door de schuldenaar een noodzakelijke voorwaarde is voor een gedraging van degene met wie of te wiens behoeve de handeling werd verricht, de voor andere schuldeisers gunstige gevolgen van die gedraging van de wederpartij van de schuldenaar niet buiten beschouwing gelaten mogen worden bij de beantwoording van de vraag of zij door de handeling van de schuldenaar benadeeld zijn."

Volgens de Hoge Raad moet bij het beantwoorden van de benadelingsvraag onder omstandigheden ook rekening worden gehouden met de buiten de aangevochten rechtshandeling gelegen voordelen voor schuldeisers.

246 Zie hierover Polak 1978, p. 485 e.v.; Winter 1992, p. 244 e.v.; Frieling 2004-II, p. 176 en Van Eeghen 2006, p. 364 e.v.

Er moet echter wel een zekere samenhang bestaan tussen de aangevochten rechtshandeling en deze 'gunstige gevolgen'. Hiervan is volgens de Hoge Raad sprake als de gunstige gevolgen zijn veroorzaakt door een gedraging van de gene met of jegens wie de schuldenaar handelde en het verrichten van de aangevochten rechtshandeling voor deze gedraging een noodzakelijke voorwaarde was. Op het onderhavige geval toegepast betekent dit dat, nu de fiduciaire overdracht van de roerende zaken door Eneca (de 'handeling door de schuldenaar') een noodzakelijke voorwaarde was voor het voorzetten van het krediet door BACM (de 'gedraging'), de vermindering van de schuldenlast die nadien heeft plaatsgevonden (de vermeende 'gunstige gevolgen' van de gedraging) niet buiten beschouwing gelaten mogen worden bij het beantwoorden van de vraag of de fiduciaire overdracht tot benadeling van schuldeisers heeft geleid.

Opgemerkt zij dat in deze toepassing van de gegeven rechtsregel geen directe relatie wordt geëist tussen de aangevochten rechtshandeling en het voordeel van de schuldeisers. Dit komt met name doordat de 'gedraging' slechts een *condicio sine qua non* voor de 'gunstige gevolgen' was. Het voortzetten van het krediet (de 'gedraging') was niet de *rechtstreekse* oorzaak van de vermindering van de schuldenlast van Eneca (de vermeende 'gunstige gevolgen'). Vast stond slechts dat het een niet zonder het andere zou hebben plaatsgevonden, omdat opzegging onherroepelijk tot het faillissement van Eneca zou hebben geleid.²⁴⁷ Een dergelijk ruime toepassing van de gegeven rechtsregel kan onder omstandigheden tot onwenselijke uitkomsten leiden. Stel bijvoorbeeld dat een schuldeiser die het faillissement van de schuldenaar heeft aangevraagd bereid is om zijn aanvraag in te trekken onder de voorwaarde dat hem zekerheid wordt gesteld voor zijn vordering. Het intrekken van de aanvraag heeft tot gevolg dat het faillissement van de schuldenaar nog enige tijd wordt uitgesteld. Wanneer de schuldenaar vervolgens door een kortstondige opleving nog enige winst behaalt met de exploitatie van zijn onderneming, dan kan dit ertoe leiden dat de verhaalsmogelijkheden van zijn schuldeisers verbeterd zijn ten opzichte van het moment waarop de aangevochten rechtshandeling werd verricht. Moet dit voordeel voor de schuldeisers worden meegewogen bij de benadelingsvraag? Mijns inziens moet deze vraag in beginsel ontken-

247 Het lijkt in het onderhavige geval derhalve om een ruimer verband te gaan dan art. 6:100 BW eist met betrekking tot vorderingen tot schadevergoeding. Bij de vaststelling van de omvang van de schade wordt op grond van die bepaling slechts rekening gehouden met voordelen die uit *dezelfde gebeurtenis* voortvloeien. Een *condicio sine qua non* verband tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en het desbetreffende voordeel is onvoldoende, zie Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II*, nr. 2009, nr. 100.

nend worden beantwoord, omdat het desbetreffende voordeel onvoldoende verband houdt met de aangevochten rechtshandeling.

Uit de gegeven rechtsregel volgt dat de 'gedraging' waaruit de voor schuldeisers 'gunstige gevolgen' voortvloeien, er een moet zijn van degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling werd verricht. Dit is mijns inziens een te strikte benadering. Zolang de 'gedraging' waar de 'gunstige gevolgen' uit voortkomen maar voldoende verband houdt met de aangevochten 'handeling door de schuldenaar', zou het niet relevant moeten zijn wiens gedraging het is. Een casus aan de hand waarvan dit kan worden geïllustreerd ligt ten grondslag aan het hierna nog te bespreken arrest Smit/Van Hees q.q.²⁴⁸

5.3.2. *Loeffen q.q./Mees & Hope II*

Een ander arrest van de Hoge Raad waarin de onderhavige problematiek aan de orde komt, is *Loeffen q.q./Mees & Hope II*.²⁴⁹

Meerhuys heeft bij Mees & Hope een rekening die op een zeker moment een debetsaldo vertoont van f 856.326,31. Ook APO, een zustersvereniging van Meerhuys, heeft een rekening bij Mees & Hope. Deze rekening vertoont een debetsaldo van ruim f 975.000. APO heeft daarnaast een schuld van f 750.000 aan Meerhuys. Vanwege haar slechte financiële situatie biedt APO voor deze schuld geen verhaal. Na overleg met genoemde partijen heeft Mees & Hope besloten de bestaande kredietruimte van APO met f 750.000 te vergroten, zodat APO in staat is haar schuld aan Meerhuys te voldoen. Afgesproken wordt dat APO zal betalen op de rekening van Meerhuys bij Mees & Hope, zodat door de betaling niet alleen de vordering van Meerhuys op APO tenietgaat, maar ook het debetsaldo op de rekening van Meerhuys vermindert. Nadat Meerhuys failliet is verklaard, beroept de curator zich met betrekking tot deze vermindering van het debetsaldo op art. 47 Fw. Deze zou volgens hem tot benadeling van schuldeisers hebben geleid. Dat een dergelijke vermindering van het debetsaldo onder het bereik van art. 47 Fw valt, is door de Hoge Raad vastgesteld in het arrest *Loeffen q.q./Mees & Hope I*.²⁵⁰

Het hof oordeelt dat het beroep op art. 47 Fw niet kan slagen. Een van de redenen hiervoor is dat van benadeling geen sprake zou zijn. Dit wordt onderbouwd met de volgende argumenten.²⁵¹ Op de eerste plaats zou een voldoening niet met art. 47 Fw moeten kunnen worden vernietigd, als deze heeft plaatsgevonden uit middelen die door de voldane schuldeiser

248 HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21, nt. PvS (*Smit/Van Hees q.q.*), waarover § 5.3.3 van dit hoofdstuk.

249 HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214, nt. PvS (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*).

250 HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104, nt. G (*Loeffen q.q./Mees & Hope I*). Zie hierover § 3.2 van hoofdstuk 3.

251 Zie ook r.o. 3.3 van het arrest van de Hoge Raad.

zelf ter beschikking zijn gesteld.²⁵² Daarnaast zou van benadeling slechts sprake kunnen zijn, als een vermogensbestanddeel van Meerhuys ten gunste van Mees & Hope aan het verhaal door schuldeisers is onttrokken. Dit is volgens het hof niet het geval, omdat de vordering van Meerhuys op APO door de slechte financiële positie van APO oninbaar zou zijn geweest.²⁵³ Ten slotte had het door Mees & Hope beoogde resultaat – het 'overbrengen' van de rekening-courantschuld van Meerhuys naar APO – ook op een andere (meer eenvoudige) wijze kunnen worden bereikt, namelijk door de vordering op Meerhuys te boeken in de rekening-courant van APO.²⁵⁴ Meerhuys en APO waren immers hoofdelijk verbonden voor elkaars schulden aan Mees & Hope.

De curator van Meerhuys gaat tegen het arrest van het hof in cassatie. Hij stelt zich – kort gezegd – op het standpunt dat aan alle hiervoor besproken omstandigheden die door het hof zijn genoemd geen belang toekomt bij het beantwoorden van de vraag of de schuldeisers van Meerhuys zijn benadeeld. De Hoge Raad lijkt voor dit standpunt van de curator weinig te voelen. Hij overweegt:

"Bij deze stand van zaken komt het beroep van de curator op art. 47 in strijd met de strekking die aan dit artikel moet worden toegekend. Die strekking laat zich aldus samenvatten dat – in overeenstemming met wat ook geldt voor andere bepalingen die uitwerking geven aan de figuur van de Pauliana als grond van vernietiging van rechtshandelingen – de schuldeisers worden beschermd tegen benadeling in hun verhaalsmogelijkheden, zoals deze in geval van faillissement door de curator worden uitgeoefend. Daaraan is niet voldaan in een geval als het onderhavige waarin aan de schuldeisers, zonder dat hun enig nadeel wordt toegebracht, alleen een voordeel ontgaat. Zou immers de curator op grond van art. 47 de nietigheid kunnen inroepen van de vermindering van het debetsaldo van de rekening van Meerhuys bij de Bank welke resulteerde uit de in 3.1 onder (iii) bedoelde creditering van die rekening met f 750 000, en daardoor de Bank kunnen nopen dit bedrag – dat ten gevolge van de betaling door APO van haar schuld aan Meerhuys een moment deel was gaan uitmaken van het vermogen van Meerhuys – "terug te geven", dan zou hij dusdoende in het de schuldeisers tot verhaal dienende vermogen van de failliet niet een bate terugbrengen die daaruit in het zicht van het naderend faillissement onoirbaar is verdwenen, maar aan dat vermogen een bate toevoegen die daarin niet thuis hoort. Die bate is immers enkel in dat vermogen geraakt doordat de Bank heeft bewerkstelligd dat door storting van het – door haar (zonder daarmede bevoordeling van Meerhuys te beogen) ter beschikking gestelde – bedrag van f 750 000 in het vermogen van Meerhuys een onverhaalbare en dus waardeloze vordering op APO werd vervangen door een aanspraak ten belope van dat bedrag op de Bank."²⁵⁵

252 Zie r.o. 22 van het hof.

253 Zie r.o. 15 van het hof.

254 APO zou vervolgens haar door regres of subrogatie verkregen vordering hebben kunnen verrekenen met haar schuld aan Meerhuys.

255 R.o. 3.6.

De essentie van bovenstaande overweging kan worden gevonden in de derde volzin: een beroep op art. 47 Fw kan niet slagen, als de schuldeisers 'zonder dat hun enig nadeel wordt toegebracht, alleen een voordeel ontgaat'. Het is goed dat de Hoge Raad in het vervolg van zijn overweging aangeeft waarom een dergelijke situatie zich in het onderhavige geval voordoet. De gegeven rechtsregel zou zonder deze toelichting niet eenvoudig te begrijpen zijn. Dit komt met name doordat de conclusie dat de schuldeisers niet zijn benadeeld op het eerste gezicht onverenigbaar lijkt te zijn met de vaststelling dat aan hen een voordeel is ontgaan. De Hoge Raad had deze laatste toevoeging beter kunnen weglaten. Het gevaar van de gekozen formulering is dat deze te ruim wordt geïnterpreteerd. Heeft de schuldenaar bijvoorbeeld een vordering stil gecedeerd en het van de debiteur ontvangen bedrag doorbetaald aan de cessionaris, dan geldt mijns inziens niet dat deze betaling niet tot benadeling van schuldeisers leidt omdat hen slechts 'een voordeel is ontgaan' omdat het verdwenen actief 'niet in de boedel thuishoort'.²⁵⁶ Hetzelfde geldt volgens Faber wanneer een aan de schuldenaar, anders dan op grond van een onmiskenbare vergissing,²⁵⁷ onverschuldigd betaald bedrag, in het zicht van faillissement wordt gerestitueerd.²⁵⁸

In het onderhavige geval is een vermogensbestanddeel van de schuldenaar verdwenen zonder dat zijn schuldeisers hierdoor zijn benadeeld. Dit vermogensbestanddeel is de vordering van f 750.000 van Meerhuys op Mees & Hope, die is ontstaan door de betaling van APO aan Meerhuys en vervolgens weer is tenietgegaan door de verrekening in rekening-courant. Volgens de Hoge Raad hoort deze vordering eigenlijk niet thuis in het vermogen van Meerhuys. Voor dit oordeel zijn twee omstandigheden doorslaggevend geweest. Op de eerste plaats het feit dat het bedrag waarmee APO haar schuld aan Meerhuys heeft betaald – de betaling waardoor Meerhuys de desbetreffende vordering op Mees & Hope heeft verkregen – door Mees & Hope zelf aan APO ter beschikking is gesteld.²⁵⁹ Op de twee-

256 Vgl. HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628, nt. PvS (*Gispen q.q./IFN*) en Rb. Maastricht 1 augustus 1996, JOR 1996/124, nt. JJvH. Vgl. ook Van Koppen 1998-I, p. 161 en Faber 2005, nr. 346.

257 Is de betaling wel het gevolg van een onmiskenbare vergissing, dan zou vernietiging tot gevolg hebben dat de curator een onverschuldigde betaling kan afdwingen die – op grond van de jurisprudentie over onverschuldigde betaling tijdens faillissement – onmiddellijk weer zou moeten worden gerestitueerd, zie Faber 2005, nr. 346.

258 Zie Faber 2005, nr. 346. Zie hierover ook Van Schilfgaarde, noot onder HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*).

259 De betaling wordt verricht uit een bedrag dat door toedoen van degene aan wie wordt betaald en ook met het oog op die betaling in het vermogen van de schuldenaar is geraakt. De betaling heeft dan slechts 'formeel' ten laste van het vermogen

de plaats het feit dat deze vordering als gevolg van de betaling door APO 'in de plaats is gekomen' van de vordering van Meerhuys op APO die onverhaalbaar en dus waardeloos was. Beide door de Hoge Raad genoemde omstandigheden waren ook al door het hof in aanmerking genomen bij zijn oordeel dat van benadeling geen sprake was.²⁶⁰ Aan de derde door het hof in dit verband aangevoerde omstandigheid – het feit dat Mees & Hope het beoogde resultaat ook op een andere (meer eenvoudige) wijze had kunnen bewerkstelligen – heeft de Hoge Raad in zijn overwegingen geen aandacht besteed.

Ik kan mij in de uitkomst van dit arrest goed vinden. De Hoge Raad heeft bij het beantwoorden van de benadelingsvraag niet alleen rekening gehouden met de nadelige gevolgen van de aangevochten rechtshandeling, maar ook met de gunstige gevolgen van andere tot het samenstel behorende rechtshandelingen. De uitkomst van het arrest is bovendien in lijn met het eerder besproken arrest Curatoren Eneca/BACM.²⁶¹ De voldoening door Meerhuys van haar schuld aan Mees & Hope was voor laatstgenoemde een 'noodzakelijke voorwaarde' voor het ter beschikking stellen van het krediet aan APO. De 'gunstige gevolgen' van deze 'gedraging' – het vervangen van de onverhaalbare vordering op APO door de verhaalbare vordering op Mees & Hope – zijn vervolgens niet buiten beschouwing gelaten bij de vraag of de schuldeisers door de aangevochten rechtshandeling zijn benadeeld.

5.3.3. Smit/Van Hees q.q.

Het meest recente arrest waarin de Hoge Raad zich over de onderhavige problematiek heeft uitgesproken is Smit/Van Hees q.q.²⁶²

Smittrans heeft in juni 1998 haar handelsvorderingen aan NMB-Heller verpand. Tot meerdere zekerheid voor al hetgeen NMB-Heller van Smittrans te vorderen heeft of zal hebben, heeft Van Boekhold – grootaandeelhouder van Smittrans – in juni en juli 1998 een bedrag van f 150.000 in depot gegeven bij NMB-Heller. De vordering uit hoofde van dit depot heeft Van Boekhold aan NMB-Heller verpand. Op 19 november 1998 hebben vervolgens de volgende rechtshandelingen plaatsgevonden: (i) Van Boekhold laat het depot van f 150.000 overboeken ten gunste van het debetsaldo van Smittrans bij NMB-Heller; (ii) Van Boekhold cedeert de uit deze overboeking voortvloeiende (regres)vordering van f 150.000 op Smittrans voor f 3.000 aan Smit; (iii)

van de schuldenaar plaatsgevonden, zie A-G De Vries Lentsch-Kostense, conclusie voor HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (*Gispen q.q./IFN*), onder 9. Zie ook Faber 2005, nr. 346. Zie voorts Rb. Maastricht 1 augustus 1996, JOR 1996/124, nt. JJvH, r.o. 4.18.

260 Zie r.o. 3.3 onder a en b.

261 HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (*Curatoren Eneca/BACM*).

262 HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21, nt. PvS (*Smit/Van Hees q.q.*).

Smit, Smittrans en NMB-Heller komen een overwaardearrangement overeen. In het overwaardearrangement verbindt NMB-Heller zich jegens Smit om de vorderingen van Smit op Smittrans – waaronder de door Van Boekhold gecedeerde vordering – te voldoen tot het bedrag van het executieoverschot dat NMB-Heller na inning van de aan haar verpande handelsvorderingen onder zich zal krijgen (met een maximum van f 150.000). Tot zekerheid van de regresvordering die NMB-Heller hierdoor op Smittrans verkrijgt, verpandt Smittrans bij voorbaat haar vordering tot uitkering van het executieoverschot.²⁶³ Nadat op 27 april 1999 het faillissement van Smittrans is uitgesproken, doet de curator met betrekking tot het overwaardearrangement een beroep op art. 42 Fw.

Een van de vragen is of het overwaardearrangement tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is deze vraag bevestigend beantwoord. De benadeling zou er in zijn gelegen dat de ongesecureerde vordering van Smit op Smittrans van f 150.000 door het overwaardearrangement alsnog is veiliggesteld.²⁶⁴ Zonder het overwaardearrangement was het executieoverschot van de aan NMB-Heller verpande handelsvorderingen aan de schuldeisers van Smittrans toegekomen, zo werd geredeneerd.²⁶⁵

In cassatie stelt Smit dat het hof ten onrechte ongemotiveerd is voorbijgegaan aan zijn betoog dat het overwaardearrangement deel uitmaakte van een voor schuldeisers niet nadelig samenstel van rechtshandelingen. Zonder het overwaardearrangement zou Van Boekhold het aan NMB-Heller verpande depot van f 150.000 niet hebben overgeboekt ten gunste van het debetsaldo van Smittrans bij NMB-Heller. In dat geval had NMB-Heller eerst het pandrecht op de handelsvorderingen van Smittrans moeten uitwinnen, alvorens zich te kunnen verhalen op het depot (vgl. art. 3:234 BW). Ook dan zou er met betrekking tot de aan NMB-Heller verpande handelsvorderingen geen sprake zijn geweest van een executieoverschot, aldus Smit.²⁶⁶ Het betoog van Smit zou ook zo kunnen worden geïnterpreteerd dat het nadeel van de aangevochten rechtshandeling – het ont-

263 Nog afgezien van de vraag of de verpanding (bij voorbaat) van deze vordering naar geldend recht mogelijk is, is de wijze waarop partijen het overwaardearrangement hebben vormgegeven opmerkelijk. Als de vorderingen waarvoor het pandrecht op de handelsvorderingen van Smittrans is gevestigd ruim genoeg omschreven zijn, dan is ook de regresvordering van NMB-Heller door het pandrecht gedekt. De verpanding van de vordering tot uitkering van het executieoverschot is dan niet nodig. Is van een dergelijk ruime omschrijving geen sprake, dan zou het mijns inziens meer voor de hand hebben gelegen om tot zekerheid van de regresvordering van NMB-Heller een 2^e pandrecht op de handelsvorderingen van Smittrans te vestigen.

264 Zie r.o. 3.2.2-3.2.3.

265 Zie de weergave van het oordeel van de rechtbank door A-G Timmerman in zijn conclusie voor het arrest onder 1.14.

266 Zie onderdeel 1.1 van het cassatiemiddel.

trekken van het executieoverschot door het overwaardearrangement – wordt opgeheven door het voordeel – het creëren van een executieoverschot door de overboeking van het depot – van een andere, tot hetzelfde samenstel behorende, rechtshandeling. De Hoge Raad acht de klacht van Smit gegrond. Het hof had inderdaad op bovenstaande stelling moeten ingaan. Hij overweegt voorts ten overvloede:

"Opmerking verdient nog dat ter beantwoording van de vraag of een samenhang als in rov. 3.4.2 aan de orde is, inderdaad bestaat, de *bedoeling* [cursivering: RJvdW] van alle betrokken partijen beslissend is, die mede kan blijken uit de inhoud van de desbetreffende rechtshandelingen, de onderlinge afstemming daarvan, mede blijkens de formulering van de daarvan eventueel opgemaakte akten, en de samenhang tussen die rechtshandelingen wat betreft het moment waarop zij tot stand zijn gekomen."²⁶⁷

Ik betwijfel of de Hoge Raad daadwerkelijk van mening is dat de samenhang tussen rechtshandelingen wordt bepaald door de bedoeling van partijen. Hun bedoeling zal in de regel een andere zijn dan het 'creëren' van samenhang tussen de rechtshandelingen waarbij zij betrokken zijn.²⁶⁸ Meer voor de hand ligt het dat de Hoge Raad met 'de bedoeling van (...) partijen' het oog heeft gehad op de door Smit in cassatie aangevoerde omstandigheid dat het aangaan van het overwaardearrangement door Smittrans, een voor Van Boekhold 'noodzakelijke voorwaarde' was voor het verrichten van de overboeking van het depot (de 'gedraging' waaruit de 'gunstige gevolgen' zijn voortkomen). Begrijpt men de overweging van de Hoge Raad in deze zin, dan kan daarin een bevestiging van de rechtsregel uit het arrest Curatoren Eneca/BACM worden gelezen.

5.4. Een uitzondering op de hoofdregel?

Zijn er gevallen waarin een samenstel van rechtshandelingen als zodanig niet tot benadeling heeft geleid, maar een daartoe behorende rechtshandeling toch met de faillissementspauliana kan worden vernietigd? Aanleiding voor deze vraag is het arrest ING/Gunning q.q.²⁶⁹ Op grond van dit arrest wordt aangenomen dat een beroep op art. 54 lid 1 Fw in bepaalde gevallen kan slagen, ondanks dat de verrekening deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen dat als zodanig niet tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Is deze lezing van het arrest juist, dan is in die gevallen wellicht ook een succesvol beroep op de faillissementspauliana

²⁶⁷ Zie r.o. 3.4.3.

²⁶⁸ Vgl. Van Schilfgaarde, noot onder HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21 (Smit/Van Hees q.q.), onder 7.

²⁶⁹ HR 19 november 2004, NJ 2005, 199; JOR 2005/19, nt. Steneker (ING/Gunning q.q.).

mogelijk. De ratio van de relevante bepalingen is immers hetzelfde: het bestrijden van onoorbare verhaalsbenadeling.

De casus die ten grondslag ligt aan het arrest ING/Gunning q.q. is voor zover op deze plaats relevant als volgt:

In het kader van de kredietverlening door ING hebben Elma Vastgoed Ede (hierna: Ede) en Elma Vastgoed Veenendaal (hierna: Veenendaal) zich in september 1986 hoofdelijk jegens ING verbonden. Bovendien hebben zij ten behoeve van ING een hypotheekrecht gevestigd op een aantal onroerende zaken. In juli 1992 heeft ING de desbetreffende kredieten opgezegd. Tussen partijen is vervolgens een aflossingsregeling overeengekomen. Deze hield onder meer in dat de aan ING verhypothekerde zaken door Ede en Veenendaal zelf zouden worden verkocht. ING zou in dat geval afstand doen van haar hypotheekrecht onder de voorwaarde dat de bedongen koopprijs wordt betaald op de rekening van Ede bij ING. Zodoende kon ING zich door middel van verrekening op de koopprijs 'verhalen'. Het motief voor deze gang van zaken was dat uitwinning van het hypotheekrecht vermoedelijk tot een lagere opbrengst zou hebben geleid. ING was in dat geval verplicht de verhypothekerde zaken aan de gemeente aan te bieden. Nadat de onroerende zaken in juni 1994 door Ede en Veenendaal zijn verkocht, heeft de notaris de ontvangen koopsommen overboekend op een door Ede bij ING aangehouden rekening. De als gevolg van deze overboeking ontstane vordering van Ede op ING is vervolgens verrekend met een vordering van ING op Ede. Op 26 oktober 1994 is Ede failliet verklaard. De curator stelt zich op het standpunt dat ING niet bevoegd was tot de voornoemde verrekening, omdat deze volgens hem heeft plaatsgevonden na een 'schuldoverneming' waarbij ING niet te goeder trouw heeft gehandeld (vgl. art. 54 lid 1 Fw).

ING stelt dat art. 54 Fw niet van toepassing is op 'de ontvangst en verrekening door een crediteur van de opbrengst van aan hem verstrekte zekerheidsrechten als pand en hypotheek'. Zij verwijst hierbij onder meer naar het arrest Mulder q.q./CLBN.²⁷⁰ De rechtbank noch het hof gaat mee in dit betoog. Beide overwegen dat de in het arrest Mulder q.q./CLBN gegeven regel geen toepassing vindt, omdat het in het onderhavige geval niet gaat om een pandrecht op *vorderingen*.²⁷¹ Dit oordeel zal vermoedelijk geen verassing zijn geweest. De Hoge Raad was in het arrest Van Gorp q.q./Rabobank, waaraan een tot op zekere hoogte vergelijkbare casus ten grondslag

270 HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471, nt. WMK (*Mulder q.q./CLBN*).

271 Zie Rb. Arnhem 20 december 2001, JOR 2002/39, nt. SCJJK, r.o. 4.1 en 4.2 en Hof Arnhem 25 maart 2003, JOR 2003/131, nt. Vermunt, r.o. 5.11.

ligt,²⁷² al tot hetzelfde oordeel gekomen met betrekking tot art. 53 lid 1 Fw.²⁷³

Ook het in hoger beroep gevoerde verweer dat de schuldeisers van Ede 'niet in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld door de wijze waarop de Bank haar hypotheekrechten heeft afgewikkeld',²⁷⁴ mocht ING niet baten. Het hof overweegt:

"Naar het oordeel van het hof is te dezen niet zozeer relevant of de overige crediteuren bij een andere wijze van verkoop meer zouden hebben ontvangen, zoals de Bank in dit kader betoogt, maar is primair aan de orde of de Bank bevoegd is tot verrekening. Is zij dit niet, dan worden de overige crediteuren bij verrekening benadeeld omdat zij in dat geval ten onrechte in hun verhaalsmogelijkheden worden beperkt ten belope van het door de bank verrekende bedrag. Is de Bank wel bevoegd tot verrekening, dan is daarvan geen sprake. Daaraan voegt het hof nog toe dat het, voor zover de Bank – onder verwijzing naar met name HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 – beoogt te stellen dat in het geval dat zij niet bevoegd is tot verrekening de overige crediteuren door verrekening niet worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden omdat hen in dat geval slechts een voordeel zou ontgaan, de Bank daarin niet kan volgen."²⁷⁵

Het hof gaat ervan uit dat een verrekening die 'onbevoegd' plaatsvindt – omdat de overnemer van een vordering of schuld bij de overneming 'niet te goeder trouw' was (art. 54 lid 1 Fw) – *steeds* tot benadeling van schuldeisers leidt. Dit is opmerkelijk, omdat uit het hiervoor besproken arrest Loeffen q.q./Mees & Hope II – waar het hof nog naar verwijst – al voortvloeit dat dit niet het geval is.²⁷⁶ Ook in het onderhavige geval is van benadeling geen sprake.²⁷⁷ In lijn met wat de Hoge Raad in het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope II heeft overwogen, kan worden gesteld dat door de

272 Het verschil met het onderhavige geval was dat de gewraakte verrekeningen – voor zover in cassatie van belang – niet *in het zicht van*, maar pas *tijdens* het faillissement van de schuldenaar hebben plaatsgevonden. Daarnaast ging het om de verkoop van *roerende* zaken en verliepen de betalingen aan de bank niet via de notaris. Zie voor de relevantie van dit onderscheid Heyman 2006, p. 77 e.v.

273 HR 23 april 1999, NJ 2000, 158; JOR 1999/109, nt. Verhagen (*Van Gorp q.q./Rabobank*).

274 In de zaak tussen Van Gorp q.q. en Rabobank is dit argument als zodanig niet naar voren gebracht. Dit zou ook minder voor de hand hebben gelegen dan in het onderhavige geval, omdat voor een beroep op art. 53 lid 1 Fw niet is vereist dat schuldeisers zijn benadeeld. Dit laat overigens onverlet dat een beroep op art. 53 lid 1 Fw bij het ontbreken van benadeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, zie Faber 1994, p. 196.

275 Hof Arnhem 25 maart 2003, JOR 2003/131, nt. Vermunt, r.o. 5.14.

276 Zie over dit arrest § 5.3.2 van dit hoofdstuk.

277 Zie ook Kortmann, noot onder Rb. Arnhem 20 december 2001, JOR 2002/39, onder 7. Vgl. ook De Serière 1994, p. 77-78 en Van Koppen 1998-I, p. 104-105. Anders Vermunt, noot onder Hof Arnhem 25 maart 2003, JOR 2003/131 en Faber 2005, nr. 355 en 386.

verrekening een voor verhaal vatbaar goed – de vordering van Ede op ING – uit het vermogen van Ede is verdwenen dat daarin eigenlijk 'niet thuishoort'.²⁷⁸ Deze vordering heeft slechts kunnen ontstaan doordat ING afstand heeft gedaan van haar hypotheekrecht op de onroerende zaken. De 'middelen' waarmee het ontstaan van de verdwenen vordering mogelijk is gemaakt zijn door ING zelf 'ter beschikking gesteld'. Bovendien is deze vordering in de plaats gekomen van een goed dat – als gevolg van het daarop rustende hypotheekrecht van ING – vanuit het perspectief van de overige schuldeisers van Ede 'waardeloos' was.²⁷⁹ Tot de conclusie dat van benadeling geen sprake was, kan ook worden gekomen door de rechtsregel uit het arrest Curatoren Eneca/BACM toe te passen.²⁸⁰ De mogelijkheid van verrekening was voor ING een 'noodzakelijke voorwaarde' voor het doen van afstand van haar hypotheekrecht (de 'gedraging' van ING waar de voor de schuldeisers van Ede 'gunstige gevolgen' uit zijn voortgekomen).

De gelijkenissen met het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope II zijn de Hoge Raad niet ontgaan. Toch laat de Hoge Raad het arrest van het hof in stand. Hij overweegt:

"Het onderdeel strekt ertoe dat een uitzondering wordt aanvaard op de hiervoor in 3.8 aangehaalde strenge regels die in de rechtspraak van de Hoge Raad tot ontwikkeling zijn gekomen ten aanzien van een beroep door een bank op verrekening in het zicht van faillissement van een rekeninghouder. In het gegeven geval bestaat daartoe echter onvoldoende grond. Op zichzelf is juist dat de overige schuldeisers van de rekeninghouder ten achter zouden hebben gestaan bij de bank wanneer deze de ten processe bedoelde onroerende zaken als hypotheekhouder zou hebben uitgewonnen. Hiermee vergeleken komen die overige schuldeisers *niet in een mindere positie te verkeren* [cursivering: R]vdW door aanvaarding van het beroep op verrekening door de bank en valt hun zelfs een voordeel toe waarop zij geen aanspraak hadden, doordat de bank afstand heeft gedaan van haar recht van hypotheek, terwijl haar beroep op verrekening – hoewel dat onmiddellijk samenhangt met de afstand door de bank van haar recht van hypotheek en berust op een tussen Ede, Veenendaal en de bank gemaakte afspraak – niet wordt gehonoreerd. Al deze omstandigheden, zowel op zichzelf als in samenhang gezien, brengen echter niet mee dat de bank kan ontkomen aan de consequenties van het feit dat zij afstand heeft gedaan van haar recht van hypotheek en dus ook van het recht van voorrang en de positie van separatist die zij daaraan ontleende, zonder – zoals mogelijk was geweest – tegelijk een pandrecht te doen vestigen op de opbrengst van de verkoop van de desbetreffende onroerende zaken

278 Zie ook Kortmann, noot onder Rb. Arnhem 20 december 2001, JOR 2002/39, onder 7.

279 Zie voor deze argumenten HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214, nt. PvS (Loeffen q.q./Mees & Hope II), r.o. 3.3.

280 HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (Curatoren Eneca/BACM), waarover § 5.3.1 van dit hoofdstuk.

of de vordering met instemming van de verkopers van de onroerende zaken rechtstreeks aan haar te laten voldoen."²⁸¹

Niet uit het oog moet worden verloren dat het onderdeel van het cassatiemiddel waar bovenstaande overweging op ziet, slechts klaagt dat het hof art. 54 lid 1 Fw niet *buiten toepassing* heeft verklaard (op een vergelijkbare manier als in het arrest Mulder q.q./CLBN is geschied). Het onderdeel heeft geen betrekking op de vraag welke vereisten art. 54 lid 1 Fw stelt en de vraag of aan deze vereisten in het onderhavige geval is voldaan. Verdedigbaar is dan ook dat uit bovenstaande overweging slechts volgt dat verrekening in gevallen als het onderhavige niet *zonder meer* mogelijk is, maar – anders dan in gevallen waar het arrest Mulder q.q./CLBN op ziet – moet worden getoetst aan art. 54 lid 1 Fw. Anders dan voor de vraag of art. 54 lid 1 Fw *überhaupt* van toepassing is, is bij deze toets *wel* relevant dat de schuldeisers niet zijn benadeeld (waardoor de conclusie moet zijn dat verrekening in het onderhavige geval is toegestaan).

Dat de verrekening in het onderhavige geval aan art. 54 lid 1 Fw moet worden getoetst, is de door de Hoge Raad bedoelde 'consequentie' van het feit dat ING geen pandrecht heeft laten vestigen op de vordering tot betaling van de koopsom en de vordering evenmin rechtstreeks aan zich heeft laten betalen. Zou ING wel een pandrecht hebben laten vestigen, dan was verrekening op grond van het arrest Mulder q.q./CLBN zonder meer mogelijk en zou een toets aan art. 54 lid 1 Fw achterwege zijn gebleven. Zou de vordering tot betaling van de koopsom door de kopers rechtstreeks aan ING – in de hoedanigheid van schuldeiser van Ede – zijn betaald (vgl. art. 6:30 BW), dan had art. 54 lid 1 Fw evenzeer toepassing gemist.²⁸² Door de betaling aan ING gaat de schuld van Ede aan ING meteen teniet zonder dat er op enig moment sprake is van een tegenvordering van Ede op ING. Van verrekening (in rekening-courant) is dan ook geen sprake.²⁸³ Dit betekent echter niet dat een rechtstreekse betaling niet aan andere regels met betrekking tot verhaalsbenadeling moet worden getoetst. Uit het arrest Slijm/Brouwer volgt dat de betaling van een aan de schuldenaar (Ede) verschuldigde geldsom, met zijn goedvinden niet aan hem, maar aan een van zijn schuldeisers (ING) in mindering op het door hem aan die schuldeiser verschuldigde, kan worden beschouwd als een 'voldoening door de schul-

281 R.o. 3.11.

282 Door zowel de rechtbank als het hof is vastgesteld dat van een dergelijke 'rechtstreekse betaling' in het onderhavige geval geen sprake was.

283 Zie HR 20 oktober 2003, JOR 2003/290 (ING/*Van Horssen q.q.*). Zie ook Hof Arnhem 21 maart 2006, JOR 2006/140; Rb. Zwolle-Lelystad 8 april 2009, JOR 2009/238 en Hof Amsterdam 7 december 2010, JOR 2011/99.

denaar' zoals bedoeld in art. 47 Fw.²⁸⁴ Een beroep op deze bepaling kan alleen slagen als de voldoening (of het samenstel van rechtshandelingen waar deze deel van uitmaakt) tot benadeling van schuldeisers heeft geleid.²⁸⁵ Volgens de Hoge Raad was dit in de casus die ten grondslag ligt aan het arrest ING/Gunning q.q. niet het geval.

6. CONCLUSIE

Het paulianeuze karakter van een rechtshandeling moet mijns inziens niet worden vastgesteld in de verhouding tussen de schuldenaar en de benadeelde schuldeisers, maar in de verhouding tussen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en de benadeelde schuldeisers. Beslissend zou moeten zijn of degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich ten opzichte van de schuldeisers van de schuldenaar onoorbaar heeft gedragen.

Deze benadering, waarin het gedrag van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde centraal staat, hoeft mijns inziens niet te leiden tot het verdwijnen van het onderscheid tussen onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen. Dat dit onderscheid wordt gemaakt vanuit het perspectief van de *schuldenaar* staat hieraan niet in de weg. Wel zou er meer ruimte moeten zijn om in gevallen waarin dit ten opzichte van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde gerechtvaardigd is, een onverplichte rechtshandeling niet aan de norm van art. 42 Fw, maar aan die van art. 47 Fw te toetsen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval waarin de schuldenaar een opeisbare schuld op een voor hem onverplichte wijze is nagekomen, maar de schuldeiser de nakoming niet kon weigeren zonder in schuldeisersverzuim te komen.

Het voor de vernietiging van onverplicht verrichte rechtshandelingen geldende vereiste van wetenschap van benadeling aan de zijde van de *schuldenaar* zou moeten komen te vervallen. Zijn belang is bij de aanvechting van een rechtshandeling op grond van de faillissementspauliana niet in het geding en hoeft om die reden niet te worden beschermd. Ook in gevallen waarin degene met of jegens wie de schuldenaar handelde niet op grond van de faillissementspauliana, maar op grond van een vordering uit

284 Zie HR 18 januari 2008, NJ 2008, 335, nt. PvS; JOR 2008/83, nt. Spinath (*Slijm/Brouwer*), waarover § 3.2 van hoofdstuk 3.

285 Anders dan in het geval waarin de bank zich door middel van verrekening op de koopsom 'verhaalt', is volgens Faber in dit geval van benadeling in beginsel geen sprake, zie Faber 2005, nr. 356.

onrechtmatige daad wordt aangesproken is niet vereist dat de *schuldenaar* wetenschap van benadeling had.

Het onderscheid tussen onverplicht verrichte rechtshandelingen die om niet zijn verricht en onverplicht verrichte rechtshandelingen die anders dan om niet zijn verricht zou moet komen te vervallen. Anders dan de wetgever van oordeel lijkt te zijn, wordt dit onderscheid niet gerechtvaardigd door het feit dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde alleen bij de vernietiging van een om niet verrichte rechtshandeling (in beginsel) niet slechter af is, dan in het geval de aangevochten rechtshandeling nooit zou zijn verricht. Het onderscheid kan evenmin worden gerechtvaardigd op grond van het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking. Volgens sommige auteurs zou hiervan bij rechtshandelingen om niet steeds sprake zijn. Dit is echter niet het geval. Een onderscheid tussen om niet en anders dan om niet verrichte rechtshandelingen wordt evenmin gemaakt wanneer degene met of jegens wie de schuldenaar handelde uit onrechtmatige daad wordt aangesproken voor het door de schuldeisers geleden nadeel. Voor het slagen van de vordering is dan steeds vereist dat hij wetenschap van benadeling had.

De invulling die de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III heeft gegeven aan het vereiste wetenschap van benadeling is mijns inziens ongeschikt als algemeen criterium om vast te stellen of een onverplicht verrichte rechtshandeling paulianeus is. Door wetenschap van benadeling te koppelen aan de voorzienbaarheid van het faillissement en een tekort daarin, wordt niet alleen een te strenge, maar ook een te ruime maatstaf aangelegd. De wetenschap zou betrekking moeten hebben op het *gevolg* van de aangevochten rechtshandeling, de benadeling. Het gaat er mijns inziens om of degene met of jegens wie de schuldenaar handelde 'wist of behoorde te weten dat benadeling met redelijke mate van waarschijnlijkheid het gevolg van de rechtshandeling zou zijn'. Van welke concrete feiten en omstandigheden hij kennis moet dragen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder het type nadeel dat de curator beoogt te bestrijden. Heeft de aangevochten rechtshandeling de benadeling niet zelf veroorzaakt, maar slechts 'mogelijk gemaakt' – en is de benadeling dus het directe gevolg van een *ander* rechtsfeit – dan zou een beroep op de faillissementspauliana naar mijn mening niet zonder meer moeten kunnen slagen als degene met of jegens wie de schuldenaar handelde 'slechts' wetenschap van benadeling had. Of hij zich in een dergelijk geval onoorbaar heeft gedragen ten opzichte van de schuldeisers van de schuldenaar, is mijns inziens tevens afhankelijk van bijkomende omstandigheden.

De eerste vernietigingsgrond van art. 47 Fw ('wetenschap van de faillissementsaanvraag') moet mijns inziens worden gewijzigd. In de uitleg die hieraan door de Hoge Raad wordt gegeven, heeft deze zowel een te ruim als een te beperkt bereik. Te ruim, omdat vernietiging ook mogelijk is in bepaalde gevallen waarin de schuldeiser zich niet onoorbaar tegenover zijn medeschuldeisers heeft gedragen. Te beperkt, omdat voor de vernietiging van een (actief ontvangen) voldoening reeds voldoende rechtvaardiging bestaat, indien de voldane schuldeiser wist of behoorde te weten dat het faillissement van de schuldenaar onvermijdelijk was. De tweede vernietigingsgrond van art. 47 Fw ('overleg') moet mijns inziens komen te vervallen. In deze vernietigingsgrond wordt ten onrechte gewicht toegekend aan de wetenschap en intenties van de *schuldenaar*. Bovendien geldt dat een schuldeiser die handelt met het oogmerk zichzelf te bevoordelen boven andere schuldeisers niet zonder meer een onoorbare gedraging kan worden verweten. Hij heeft immers een tot op zekere hoogte rechtens te respecteren belang om voor zichzelf op te komen. Tegen de achtergrond van de gegeven kritiek zou art. 3.2.5 van het Voorontwerp Insolventiewet – met uitzondering van de daarin opgenomen driemaandentermijn – een verbetering zijn geweest ten opzichte van art. 47 Fw.

Een rechtshandeling die op zichzelf beschouwd tot benadeling van schuldeisers leidt, maar deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen dat als zodanig geen benadeling tot gevolg heeft gehad, kan niet worden vernietigd. Zou dit wel mogelijk zijn, dan zou de faillissementspauliana haar doel voorbij schieten. Van een samenstel van rechtshandelingen is in ieder geval sprake als het verrichten van de aangevochten rechtshandeling een noodzakelijke voorwaarde was voor het plaatsvinden van het rechtsfeit waaruit de gunstige gevolgen (rechtstreeks) voortkomen, zo kan uit (de uitkomst van) de arresten Curatoren Eneca/BACM, Loeffen q.q./Mees & Hope II en Smit/Van Hees q.q. worden afgeleid.

HOOFDSTUK 6

VERNIETIGING EN RECHTSGEVOLGEN

1. INLEIDING

Bij de faillissementspauliana geldt als uitgangspunt dat de benadeling van schuldeisers ongedaan moet worden gemaakt door de boedel te 'reconstrueren'.¹ De boedel dient met andere woorden in de toestand te worden gebracht waarin deze zou hebben verkeerd als de nadelige rechtshandeling niet zou hebben plaatsgevonden. Het middel waarmee dit doel bereikt moet worden is vernietiging van de nadelige rechtshandeling (§ 2). De curator is hiertoe exclusief bevoegd (§ 3).

Vernietiging van een rechtshandeling mag geen verdergaande werking hebben dan het te beschermen belang rechtvaardigt en moet bovendien in overeenstemming zijn met de behoeften van het rechtsverkeer.² De wetgever heeft de rechtsgevolgen van een succesvol beroep op de faillissementspauliana daarom op een aantal punten beperkt. Op de eerste plaats werkt de vernietiging slechts 'ten behoeve van de boedel'. Dit wordt ook wel de 'subjectief relatieve werking' van de vernietiging genoemd (§ 4). Daarnaast mag de vernietiging niet verder werken dan nodig is om het door de schuldeisers geleden nadeel op te heffen. Dit wordt ook wel de 'objectief relatieve werking' van de vernietiging genoemd (§ 5). Niet duidelijk is of deze laatste beperking alleen geldt voor de actio Pauliana buiten faillissement, of ook voor de faillissementspauliana. Het in art. 51 lid 3 Fw bepaalde zou voor de vernietiging van wederkerige overeenkomsten in ieder geval per saldo tot hetzelfde resultaat moeten leiden. Ten slotte kunnen de rechtsgevolgen van vernietiging onder omstandigheden niet worden ingeroepen tegen derden die te goeder trouw waren. Hoewel deze beperking al (deels) voortvloeide uit het algemene vermogensrecht, heeft de wetgever de faillissementspauliana van een eigen regeling van derdenbescherming voorzien (§ 6).

1 Zie hierover § 2.1 van hoofdstuk 2.

2 Vgl. Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 615.

In dit hoofdstuk zal blijken dat de genoemde beperkingen niet steeds volledig aan hun doel beantwoorden. Een strikte toepassing van de subjectief relatieve werking van de vernietiging zou tot gevolg hebben dat de faillissementspauliana onder omstandigheden haar doel voorbij schiet. Daarnaast leidt het bepaalde in art. 51 lid 3 Fw er onder omstandigheden toe dat de schuldeisers door een beroep op de faillissementspauliana beter af zijn dan in het geval de vernietigde rechtshandeling nooit zou zijn verricht. Tot slot bestaat aan een eigen regeling voor derdenbescherming mijns inziens geen behoefte meer. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 7).

2. Vernietiging

2.1. De faillissementspauliana als vernietigingsactie

De faillissementspauliana is een vernietigingsactie en geen schadevergoedingsactie. Wordt met succes een rechtshandeling aangevochten die de titel vormde voor de levering van een goed, dan leidt dit ertoe dat het desbetreffende goed terugkeert in de faillissementsboedel. Hoewel niet vaststaat waarom de wetgever gekozen heeft voor een vernietigingsactie,³ is wel duidelijk welke voordelen hieraan verbonden zijn. Dit zijn met name de terugwerkende kracht en de daarmee samenhangende goederenrechtelijke werking van de vernietiging (in verband met het titelvereiste van art. 3:84 lid 1 BW). De kans dat de benadeling van schuldeisers daadwerkelijk ongedaan wordt gemaakt, is hierdoor bij insolventie van de tot 'teruggave' verplichte persoon aanzienlijk groter.⁴

Een bezwaar dat volgens Van Koppen en Van Dijck verbonden is aan reconstructie van de faillissementsboedel, is dat hiermee niet steeds al het nadeel van de schuldeisers wordt weggenomen. Dit zou het gevolg zijn van de 'objectgerichtheid' van art. 51 lid 1 en lid 3 Fw.⁵ Als bijvoorbeeld een goed in waarde is gedaald nadat het door de schuldenaar is vervreemd, moet de curator naast een beroep op de faillissementspauliana ook een vordering tot schadevergoeding instellen.⁶ Dit laatste is uiteraard slechts mogelijk voor zover de waardedaling voor rekening van de verkrij-

3 Zie hierover Van Leijden 1887, p. 62 e.v. en Damsteegt-Molier 2009, p. 71-72.

4 Zie ook § 1 van hoofdstuk 1.

5 Zie Van Koppen 1998-I, p. 193 e.v. en Van Dijck 2006, p. 93.

6 Zie Van Dijck 2006, p. 93. Dit is in beginsel niet mogelijk als de waardedaling slechts een marktgegeven is. Van schade is dan geen sprake.

ger behoort te komen.⁷ De objectgerichtheid van art. 51 lid 1 en lid 3 Fw levert volgens beide auteurs ook problemen op wanneer door de vervreemding van een bedrijfsmiddel onder de waarde een deel van de bedrijfsvoering van de schuldenaar komt stil te liggen en potentiële winst en/of omzet verloren gaat. Ook in dat geval kan slechts een gedeelte van het nadeel ongedaan worden gemaakt door teruggave van het goed.

Kan een goed dat op paulianeuze wijze uit het vermogen van de schuldenaar is verdwenen na een succesvol beroep op art. 42 e.v. Fw niet worden terugggegeven en moet daarom schadevergoeding aan de boedel worden betaald (art. 6:74 jo. 6:203 BW), dan kan dit tot gevolg hebben dat de schadevergoeding niet terechtkomt bij de schuldeisers die door de vernietigde rechtshandeling zijn benadeeld. Stel bijvoorbeeld dat een van de schuldeisers van de schuldenaar een bijzonder voorrecht had ten aanzien van het overgedragen goed. Zou het goed na vernietiging van de koopovereenkomst door de koper of een opvolgende verkrijger aan de curator zijn afgegeven, dan had de desbetreffende schuldeiser zich weer in zijn oude positie bevonden. Dit geldt echter niet indien aan de boedel schadevergoeding wordt betaald. Het voorrecht van de desbetreffende schuldeiser geldt immers niet ten aanzien van het geïnde.⁸

2.2. Terugwerkende kracht

De bepalingen uit het algemene vermogensrecht die zien op de vernietiging van rechtshandelingen zijn ook van toepassing op de faillissementspauliana (vgl. art. 3:59 BW). Vernietiging op grond van art. 42 e.v. Fw heeft dus in beginsel terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 BW).⁹ Het tegendeel mag niet worden afgeleid uit de opmerking van de wetgever dat een vernietiging op grond van de faillissementspauliana niet *ex tunc* maar *ex nunc* werkt. Deze begrippen zijn door hem op een andere wijze gebruikt dan thans gangbaar is.¹⁰ Met *ex tunc* doelde hij op terugwerkende kracht *zonder*

⁷ Zie hierover § 4.2.3 van dit hoofdstuk.

⁸ Een vergelijkbaar probleem kan zich voordoen als de curator ten behoeve van de benadeelde schuldeiser(s) een vordering uit onrechtmatige daad instelt tegen een derde. De opbrengst van deze zogeheten Peeters q.q./Gatzen-vordering komt immers niet rechtstreeks toe aan de benadeelde schuldeiser(s), maar valt in de boedel. Zie ook Kortmann en Faber 1996-II, p. 169, voetnoot 70.

⁹ Zie Faber 2005 en Wessels 2010, nr. 3260. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 17 oktober 2001, JOR 2002/144, nt. A. van Hees. Anders Wessels 2010, nr. 3242, waarover § 4.2.2.1 van dit hoofdstuk.

¹⁰ Thans worden deze begrippen gebruikt om het verschil aan te geven tussen de situatie waarin van terugwerkende kracht sprake is (*ex tunc*) en de situatie waarin terugwerkende kracht ontbreekt (*ex nunc*).

een mogelijkheid van derdenbescherming en met *ex nunc* op terugwerken de kracht met een mogelijkheid van derdenbescherming:

"Afdoende verbetering kan alleen verkregen worden door in plaats van de vernietiging *ex tunc* (van rechtswege herstel van den toestand zooals hij was vóór de nietige handeling) te stellen vernietiging *ex nunc* (herstel van den vorige toestand voor zoverre dit nog mogelijk is bij eerbiediging der rechten, inmiddels door derden te goeder trouw verkregen)."¹¹

Wordt een rechtshandeling vernietigd die de titel vormde voor de levering van een aan de schuldenaar toebehorend goed, dan wordt hij door het causale stelsel van art. 3:84 BW geacht steeds rechthebbende van het goed te zijn geweest. Door het ontbreken van een geldige titel is van een overdracht achteraf gezien geen sprake. Hetzelfde geldt met betrekking tot de vestiging van een beperkt recht. Wordt de rechtshandeling die de titel voor de vestiging vormde vernietigd, dan is de schuldenaar achteraf gezien steeds onbezwaard rechthebbende geweest. Is de titel voor de vestiging gelegen in meerdere rechtshandelingen, die los van elkaar de vestiging kunnen rechtvaardigen, dan zal de curator al deze rechtshandelingen moeten vernietigen om het goed volledig vrij van pand- en hypotheekrechten te maken.

2.3. In en buiten rechte

Vernietiging op grond van de faillissementspauliana kan zowel in als buiten rechte plaatsvinden (art. 3:49 BW).¹² Wordt een rechtshandeling in rechte vernietigd, dan is het vonnis constitutief. Wordt over een vernietiging buiten rechte nadien alsnog geprocedeerd, dan is het vonnis declaratoir (art. 3:302 BW).¹³ Art. 42 lid 1 Fw verklaart art. 3:50 lid 2 BW buiten toepassing. Buitengerechterlijke vernietiging van een rechtshandeling met betrekking tot een registergoed die heeft geleid tot een inschrijving in de openbare registers, of tot een akte die is bestemd tot levering van het goed, is dus ook mogelijk als niet alle partijen in de vernietiging berusten.¹⁴ Dit

11 Van der Feltz I, p. 457.

12 Dat art. 42 lid 1 Fw expliciet de buitengerechterlijke verklaring noemt, houdt vermoedelijk verband met het feit dat een dergelijke wijze van vernietiging onder de regeling van de faillissementspauliana van het Wetboek van Koophandel nog niet mogelijk was, vgl. Van der Feltz I, p. 438.

13 Zie Verschoof 1992, p. 70. Het declaratoire karakter van het vonnis heeft overigens geen gevolgen voor het moment waarop van benadeling van schuldeisers sprake moet zijn, zie § 5.1 van hoofdstuk 4.

14 De curator kan dus niet alleen een dagvaarding waarbij de vernietiging wordt gevorderd, maar ook een buitengerechterlijke vernietigingsverklaring in de openbare regis-

heeft tot gevolg dat met betrekking tot de *faillissementspauliana* geen dringende behoefte bestaat aan een mogelijkheid om conservatoir paulianabeslag te leggen (art. 737 Rv).¹⁵ Wordt de verkoop van een registergoed buitengerechtelijk vernietigd, dan behoort het goed reeds na het uitbrengen van de verklaring vanuit het perspectief van de curator weer tot het vermogen van de schuldenaar. De mogelijkheid van een gewoon beslag tot afgifte volstaat dan. Voor een individuele schuldeiser die zich op de actio Pauliana buiten faillissement wil beroepen, volstaat deze mogelijkheid in de regel niet, vanwege het bepaalde in art. 3:50 lid 2 BW.¹⁶ Zolang de vernietiging niet door de rechter is uitgesproken, behoort het goed – ook vanuit zijn perspectief – immers nog tot het vermogen van de koper. Op grond van art. 737 Rv is het dan toch mogelijk om voor zijn vordering op de schuldenaar conservatoir beslag te leggen op het desbetreffende goed.

Een buitengerechtelijke verklaring tot vernietiging is vormvrij (art. 3:37 lid 1 BW). Op grond van art. 3:50 lid 1 BW moet de verklaring gericht worden tot hen die partij zijn bij de rechtshandeling. Om werking te hebben, moet de verklaring de persoon tot wie zij is gericht hebben bereikt (art. 3:37 lid 3 BW). Partij bij de rechtshandeling zijn de schuldenaar en bij een meezijdige rechtshandeling zijn wederpartij(en). Betreft het een eenzijdige tot een of meer personen gerichte rechtshandeling, dan hebben ook die personen als 'partij' bij de rechtshandeling te gelden (art. 3:56, aanhef en onder a, BW). Met betrekking tot andere eenzijdige rechtshandelingen geldt hetzelfde voor hen die onmiddellijk belanghebbenden zijn bij de instandhouding van de rechtshandeling (art. 3:56, aanhef en onder b, BW).

Ondanks het bepaalde in art. 3:50 lid 1 BW zou ik voor de *faillissementspauliana* willen aannemen dat de vernietigingsverklaring niet ook tot de schuldenaar hoeft te worden gericht.¹⁷ Gaat de curator in rechte over tot vernietiging, dan geldt hetzelfde voor de rechtsvordering tot vernietiging. Moet deze op grond van art. 3:51 lid 2 BW ook tegen de schuldenaar worden ingesteld, dan heeft dit het eigenaardige gevolg dat de curator zijn eigen wederpartij wordt in de procedure. Aan de bepleite uitzonderingen op art. 3:50 lid 1 en 3:51 lid 2 BW kan een wettelijke basis worden gegeven door in de regeling van de *faillissementspauliana* een bepaling op te nemen vergelijkbaar met art. 1:89 lid 4 BW.

ters inschrijven. Zie in verband met een mogelijk beroep op derdenbescherming § 6.2.1 van dit hoofdstuk.

15 In art. 737 Rv wordt slechts naar art. 3:45 BW verwezen, niet naar art. 42 e.v. Fw.

16 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 338. Zie over het paulianabeslag onder meer Winters en Ynzonides 1994 en Damsteegt-Molier 2009, p. 132-138.

17 Zie Verschoof 1992, p. 69; Faber 2005, nr. 326 en Wessels 2010, nr. 3131, 3133 en 3134.

2.4. Verjaring van de rechtsvordering

Een beroep op de faillissementspauliana kan zowel als vordering tot vernietiging als bij wijze van exceptie worden gedaan (art. 3:51 lid 3 BW).¹⁸ In het laatstgenoemde geval is dit zelfs mogelijk wanneer de rechtsvordering tot vernietiging is verjaard.¹⁹ Op de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging is art. 3:52 lid 1, aanhef en onder c, BW van toepassing.²⁰ Verjaring vindt plaats drie jaar nadat de benadeling door de curator is ontdekt. Slechts de *daadwerkelijke* ontdekking is in dit verband van belang. Van een objectivering – 'behoren te ontdekken' – is geen sprake.²¹ Het enkele vermoeden van benadeling volstaat derhalve niet.²² Dit laat onverlet dat in de rechtspraak een enkele keer is aangenomen dat van de curator onder omstandigheden enig nader onderzoek mag worden verlangd.²³

Het voorgaande brengt met zich dat de verjaringstermijn niet eerder kan aanvangen dan op het moment dat de curator wordt benoemd.²⁴ Indien de curator vóór de faillietverklaring in een andere hoedanigheid – bijvoorbeeld die van bewindvoerder tijdens surseance van betaling – bekend was met de benadeling, dan heeft dit niet tot gevolg dat de verjaringstermijn al vóór zijn benoeming tot curator is gaan lopen.²⁵ Een andere opvatting zou ertoe kunnen leiden dat de rechtsvordering tot vernietiging al is verjaard op het moment waarop de curator de faillissementspauliana op zijn vroegst kan invoeren. Een dergelijke uitkomst is onwenselijk en bovendien in strijd met de aard van de regels betreffende verjaring. Zolang er geen actie mogelijk is, kan iemand niet worden verweten te lang te hebben stilgezeten. Is een rechtsvordering tot vernietiging eenmaal verjaard, dan is het ook niet meer mogelijk om buiten rechte tot vernietiging over te gaan

18 Zie Van der Feltz I, p. 438. Zie ook art. 49 lid 2 Fw, waarover Van der Feltz I, p. 455.

19 Zie ook § 2.3 van hoofdstuk 4.

20 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 236. Art. 3:52 lid 1, onder d, BW is niet van toepassing, zie Hasselton 1992, p. 54; Verschoof 1992, p. 71; Gispen 1998-I, p. 42, voetnoot 26; Faber 2005, nr. 327; Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 623 en Wessels 2010, nr. 3143 en 3144.

21 Zie Verschoof 1992, p. 71 en Hoff 1995, p. 52.

22 Zie met betrekking tot art. 3:310 lid 1 BW HR 9 juli 2010, NJ 2012, 194, nt. Du Perron, r.o. 3.4.4 en HR 3 december 2010, NJ 2012, 196, nt. Du Perron (*X/Bemoti*), r.o. 3.6.

23 Zie Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2011, LJN: BU2081, r.o. 4.5. Het hof verwijst bij zijn oordeel naar HR 3 december 2010, NJ 2012, 196, nt. Du Perron (*X/Bemoti*). In dit arrest wordt met betrekking tot de verjaring van art. 3:310 lid 1 BW bevestigd dat het om *daadwerkelijke* bekendheid gaat, maar op de benadeelde desalniettemin een beperkte onderzoeksplicht rust met betrekking tot de identiteit van de aansprakelijke persoon.

24 Vgl. Hof Arnhem 5 december 2000, JOR 2001/99, r.o. 5.3.

25 Anders Verschoof 1992, p. 71 en Wessels 2010, nr. 3144.

(art. 3:52 lid 2 BW).²⁶ Op de stuiting van de verjaring van een rechtsvordering tot vernietiging zijn de art. 3:316, 3:317 lid 2 en 3:318 BW van toepassing.²⁷

3. BEVOEGDHEID OM TE Vernietigen

3.1. Tijdens faillissement

De faillissementspauliana kan in beginsel slechts worden ingeroepen tijdens het faillissement van de schuldenaar. Omdat de curator belast is met het beheer over en de vereffening van de faillissementsboedel (art. 68 lid 1 Fw), is hij de aangewezen persoon om nadelige rechtshandelingen met de faillissementspauliana te vernietigen. Hij handelt hierbij in eigen naam, ten behoeve van de schuldeisers.²⁸ Voor het in rechte vernietigen van een rechtshandeling, of het laten vaststellen van de nietigheid van een rechtshandeling door de rechter, heeft de curator een machtiging nodig van de rechter-commissaris (art. 68 lid 2 Fw). De bevoegdheid van de curator om rechtshandelingen met de faillissementspauliana aan te vechten is exclusief. De benadeelde schuldeisers kunnen zelf geen beroep doen op de faillissementspauliana, ongeacht of de curator van zijn in dit verband bestaande bevoegdheden gebruik maakt.²⁹ In de tekst van art. 49 lid 1 Fw is dit niet met zoveel woorden te vinden. De parlementaire geschiedenis geeft echter duidelijkheid:

"Onder de bestaande wet is veel strijd gevoerd over de vraag, door wien de Pauliana moet worden ingesteld, door den curator of door de schuldeischers, dan wel of bei-

26 De curator kan de benadeling in dat geval mogelijk nog wel ongedaan maken door het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Hiervoor geldt een langere verjaringstermijn. Op grond van art. 3:310 lid 1 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade pas na verloop van vijf jaar na aanvang van de dag waarop de benadeelde – in dit geval: de curator – zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.

27 Zie Faber 2005, nr. 327.

28 Zie Kortmann en Faber 1996-II, p. 153. Hij is niet de *vertegenwoordiger* van de schuldeisers. Bereikt de curator bijvoorbeeld een schikking met degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling is verricht, dan bindt deze afspraak de schuldeisers niet. Zij kunnen voor het resterende gedeelte van hun nadeel zelf een vordering uit onrechtmatige daad instellen, zie HR 21 december 2001, NJ 2005, 95; JOR 2002/37, nt. NEDF (*Lunderstädt/De Kok*) en HR 21 december 2001, NJ 2005, 96, nt. SCJJK; JOR 2002/38, nt. NEDF en Bartman (*SOBI/Hurks*).

29 Zie HR 23 maart 2001, NJ 2003, 715, nt. Verstijlen; JOR 2001/116, nt. Kliebisch (*Stichting Ofasec/NTM*). Wel kunnen zij op gronden aan art. 42-48 Fw ontleend, de toelating van een vordering bestrijden, zie art. 49 lid 2 Fw.

den gelijkelijk bevoegd zijn. (...) Het voorgestelde artikel beslist deze quaestie uitdrukkelijk. De curator is de aangewezen, maar de eenige persoon, om namens de schuldeischers op te treden; hij is hun wettelijke vertegenwoordiger tot uitoefening hunner rechten en tot behartiging der boedelbelangen. De individuele schuldeischers missen de qualiteit om naast hem voor den boedel op te treden. Evenmin als zij gelden kunnen innen, behooren zij bevoegdheid te bezitten om eene Pauliana in te stellen. Blijft de curator nalatig, het ontwerp geeft den schuldeischers middelen genoeg om hem door tusschenkomst van den Rechter-Commissaris tot ageeren te noodzaken."³⁰

Tijdens het faillissement van de schuldenaar kunnen zijn schuldeisers zich met betrekking tot door *hem* verrichte rechtshandelingen ook niet op de actio Pauliana van art. 3:45 BW beroepen.³¹ Deze regeling wordt als het ware 'geabsorbeerd' door die van de faillissementspauliana. Indien een of meer schuldeisers, of de commissie uit de schuldeisers, de curator ertoe willen bewegen met de faillissementspauliana een bepaalde rechtshandeling aan te vechten, kunnen zij hiertoe bij de rechter-commissaris een bevel uitlokken (art. 69 Fw).³² Op dezelfde manier kunnen zij de curator proberen te dwingen een voorgenomen beroep op de faillissementspauliana achterwege te laten, dan wel een reeds uitgebrachte buitengerechtelijke verklaring in te trekken.³³

Ook buiten het in art. 69 lid 1 Fw geregelde geval kan de curator verplicht zijn om een beroep op de faillissementspauliana te doen of achterwege te laten.³⁴ Handelen in strijd met deze verplichting kan tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator leiden.³⁵ Indien hij aanwijzingen heeft dat er paulianeus is gehandeld, kan van hem worden verwacht dat hij een onder-

30 Van der Feltz I, p. 454-455.

31 Zie HR 21 december 2001, NJ 2005, 95; JOR 2002/37, nt. NEDF (*Lunderstädt/De Kok*) en HR 21 december 2001, NJ 2005, 96, nt. SCJJK; JOR 2002/38, nt. NEDF en Bartman (*SOBI/Hurks*). Aannemelijk is dat een beroep op art. 3:45 BW wel mogelijk is met betrekking tot rechtshandelingen die zijn verricht door de in art. 3:48 BW bedoelde personen, zie § 3.1 van hoofdstuk 3.

32 Zelfs als de curator het door de rechter-commissaris gegeven bevel negeert, kunnen individuele schuldeisers geen beroep doen op art. 3:45 e.v. BW en/of art. 42 e.v. Fw. Zie ook Verstijlen 1998, p. 133; Frieling 2001, p. 145 en Wessels 2010, nr. 3190. Anders Van Koppen 1998-I, p. 143 e.v. Zij kunnen in dat geval de curator persoonlijk aansprakelijk stellen of de bij de paulianeuze rechtshandeling betrokken derde aanspreken op grond van onrechtmatige daad.

33 Zie Wessels 2010, nr. 3188.

34 Zie Verstijlen 1998, p. 241-242 en Wessels 2010, nr. 3188.

35 Een aansprakelijkheid *qualitate qua* is uiteraard ook mogelijk. Bij een dergelijke aansprakelijkheid wordt de schadevergoeding echter uit de – niet gereconstrueerde – boedel betaald, waardoor de schuldeisers die schade hebben geleden er per saldo niet op vooruit gaan als een ieder van hen de curator in dit verband aanspreekt.

zoek instelt.³⁶ Heeft de curator een kansrijk beroep op de faillissementspauliana achterwege gelaten, dan leidt dit tot persoonlijke aansprakelijkheid als hij hierdoor niet heeft gehandeld, zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht.³⁷ Dezelfde norm geldt wanneer de curator de boedel heeft belast met kosten van een op voorhand kansloze procedure.³⁸ Heeft de rechter-commissaris in het kader van een beroep op art. 69 Fw zijn oordeel gegeven over het al dan niet inroepen van de faillissementspauliana, dan zal van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator mijns inziens niet snel sprake zijn wanneer hij conform dit oordeel heeft gehandeld.

De (proces)kosten die de curator heeft gemaakt om een bepaald goed (onbezwaard) in de boedel (terug) te brengen, zullen – voor zover deze kosten de verkregen bate niet overtreffen – in de regel moeten worden aangemerkt als bijzondere faillissementskosten. Het feit dat de faillissementspauliana wordt ingesteld ten behoeve van 'de gezamenlijke schuldeisers' doet hieraan niet af. Aan wie de opbrengst van een specifiek goed toekomt, is niet relevant voor het antwoord op de vraag of de kosten die ten behoeve van dat goed zijn gemaakt als algemene of bijzondere faillissementskosten kwalificeren. Voor zover tegenover de door de curator in het kader van een beroep op de faillissementspauliana gemaakte (proces)kosten geen bate staat, kwalificeren deze als algemene faillissementskosten. Indien de curator een rechtsvordering wil instellen op grond van art. 42 of 47 Fw of de mogelijkheid daartoe wil onderzoeken, maar de boedel ontoereikend is om de kosten hiervan te dragen, kan de curator de Minister van Justitie om een voorschot verzoeken, zie art. 43 lid 6 Fw jo. 2:138 lid 10 BW. Vereist is wel dat de schuldenaar een rechtspersoon is. Voor zover het verzoek een voorafgaand onderzoek betreft, behoeft het de goedkeuring van de rechter-commissaris.

3.2. Einde van het faillissement

Het eindigen van het faillissement heeft logischerwijs tot gevolg dat rechtsvorderingen die door de curator op grond van art. 42 en 47 Fw zijn ingesteld, van rechtswege komen te vervallen. Er is in beginsel geen faillissementsboedel meer om te reconstrueren en er is bovendien geen persoon

36 Zie Verstijlen 1998, p. 241.

37 De gehanteerde norm is afkomstig uit HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, nt. WMK (*Macclou/Curatoren Van Schuppen*).

38 Zie ook Verstijlen 1998, p. 241.

meer die bevoegd is om in rechte op te treden.³⁹ Voor de beëindiging van het faillissement door (het in kracht van gewijsde gaan van) de homologatie van een akkoord, is deze regel nog eens bevestigd in art. 50 Fw.⁴⁰ Een uitzondering wordt gemaakt wanneer het akkoord 'boedelafstand' inhoudt. Dit wordt ook wel een 'liquidatie-akkoord' genoemd.⁴¹ Een dergelijk akkoord heeft de strekking dat de schuldenaar de boedel geheel of gedeeltelijk ter beschikking van zijn schuldeisers stelt om door een aangewezen vereffenaar te worden afgewikkeld en de opbrengst onder hen te verdelen.⁴² In dat geval kunnen reeds ingestelde rechtsvorderingen die zijn gegrond op art. 42 en 47 Fw worden voortgezet door de vereffenaars. Ook kunnen dergelijke rechtsvorderingen worden ingesteld door de vereffenaars (art. 50 Fw).

Feitelijk betekent een akkoord zoals bedoeld in art. 50 Fw niets anders dan vervanging van een gerechtelijke vereffening van het vermogen van de schuldenaar door een contractuele.⁴³ De schuldeisers hebben in dat geval nog steeds belang bij de vernietiging van rechtshandelingen die (de samenstelling van) het vermogen van de schuldenaar op een voor hen nadelige wijze hebben beïnvloed. Onder het tot 1896 geldende faillissementsrecht volgde uit de lagere rechtspraak echter dat de curator die door een dergelijk akkoord vereffenaar van de boedel was geworden, niet tot het instellen van de faillissementspauliana bevoegd was.⁴⁴ Om die reden was het wenselijk deze bevoegdheid uitdrukkelijk in art. 50 Fw op te nemen.⁴⁵ In het huidige recht wordt het begrip 'boedelafstand' amper nog gebruikt.⁴⁶ In art. 3.2.10 van het Voorontwerp Insolventiewet is daarom opgenomen dat 'rechtsvorderingen, gegrond op de artikelen 3.2.1, 3.2.5 en 3.2.8 vervallen, tenzij in het akkoord is bepaald dat zij na insolventie ten behoeve van de schuldeisers kunnen worden vervolgd of ingesteld'. Omdat het bedoelde geval materieel neerkomt op boedelafstand,⁴⁷ lijkt een inhoudelijke wijziging niet te zijn beoogd.

Eindigt het faillissement door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst (art. 193 Fw), dan bestaat de mogelijkheid dat, wanneer blijkt dat

39 Vgl. Star Busmann 1951, p. 247 en Wessels 2010, nr. 3193.

40 Vgl. Hof Arnhem 6 februari 1878, W. 4220.

41 Zie over het liquidatie-akkoord Soedira 2011, p. 70 e.v.

42 Zie HR 30 januari 1920, NJ 1920, 232. Zie ook Rb. Amsterdam 10 oktober 1899, W. 7439 en Rb. Utrecht 6 december 1939, NJ 1940, 355.

43 Zie Van der Feltz I, p. 456.

44 Zie Rb. Rotterdam 12 december 1877, W. 4191.

45 Zie Star Busmann 1951, p. 248.

46 Tot 1992 stond dit naast art. 50 Fw ook nog in art. 705 Rv.

47 Zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 229.

er 'nog baten van de boedel aanwezig zijn, welke ten tijde van de vereffening niet bekend waren', de curator op bevel van de rechtbank tot vereffening en verdeling daarvan moet overgaan op basis van de bestaande uitdelingslijsten (art. 194 Fw). Frieling verdedigt dat onder 'baten' ook zijn begrepen (rechts)vorderingen jegens derden op grond van de faillissementspauliana.⁴⁸ Deze baten zijn volgens hem niet alleen 'niet bekend' als de curator zich van het bestaan ervan in het geheel niet bewust is geweest. Ook als na de beëindiging van het faillissement nadere feiten of verhaalsmogelijkheden bekend worden, die een reeds bekende mogelijkheid om de faillissementspauliana in te stellen (meer) de moeite waard maken, is volgens hem aan dit criterium voldaan.

4. SUBJECTIEF RELATIEVE WERKING

4.1. Algemeen

In art. 3:45 lid 4 BW is voor de actio Pauliana buiten faillissement bepaald dat een individuele schuldeiser die wegens benadeling tegen een rechtshandeling opkomt deze slechts 'te zijnen behoeve' vernietigt. Dit betekent dat de gevolgen van de vernietiging in beginsel alleen door de desbetreffende schuldeiser – ten opzichte van een ieder⁴⁹ – kunnen worden ingeroepen. In andere verhoudingen blijft de rechtshandeling gewoon geldig en heeft zij haar normale gevolgen. Door Eggens is dit de 'subjectief relatieve werking' van de vernietiging genoemd.⁵⁰ Het aantal betrokkenen ('subjecten') ten aanzien van wie de vernietiging werkt, is beperkt. De ratio van deze relativering is dat de vernietiging geen verdere werking mag hebben dan nodig is om het relevante belang te beschermen: de verhaalsmogelijkheden van individuele schuldeisers.⁵¹ Heeft een schuldeiser bijvoorbeeld de aan een overdracht door de schuldenaar ten grondslag liggende koopovereenkomst vernietigd, dan heeft dit tot gevolg dat het overgedragen goed in *zijn* verhouding tot de koper nog tot het vermogen van de schuldenaar behoort. In de verhouding tussen de *overige schuldeisers* en de koper behoort het goed tot het vermogen van de koper. Dit heeft tot gevolg dat de schuldeiser die zich op de actio Pauliana heeft beroepen verhaal kan nemen op het goed zonder daarbij te concurreren met de schuldeisers van de koper of de overige schuldeisers van de schuldenaar. Als een andere

48 Zie ook Frieling 2001, p. 144.

49 Anders kennelijk Damsteegt-Molier 2009, p. 101-102, waarover § 6.1 van dit hoofdstuk.

50 Zie Eggens 1947, p. 12, voetnoot 8 en p. 24.

51 Zie Damsteegt-Molier 2009, p. 68-70 en Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 598.

schuldeiser van de schuldenaar zich op het desbetreffende goed wil verhalen zal hij zelf een beroep op de actio Pauliana moeten doen.

Algemeen wordt aangenomen dat ook vernietiging op grond van de *faillissementspauliana* subjectief relatieve werking heeft.⁵² Dit wordt onder meer afgeleid uit art. 42 lid 1 Fw, waarin staat dat de curator 'ten behoeve van de boedel' bepaalde rechtshandelingen kan vernietigen.⁵³ In de parlementaire geschiedenis wordt in dit verband opgemerkt:

"(...) door de woorden "ten behoeve van den boedel" [wordt] duidelijk aangewezen, dat deze nietigheid slechts een relatieve is, eene die alleen bestaat ten opzichte van den boedel en mitsdien alleen en uitsluitend door den curator kan worden ingeroepen, niet ook door dengene, met wien de schuldenaar handelde, of door den schuldenaar zelf, nadat deze door akkoord als anderszins zijne bevoegdheid tot beschikking teruggekregen heeft. De reden hiervoor is duidelijk; het geldt hier eene nietigheid in het uitsluitend belang der schuldeischers, waaraan dus ook niemand anders dan zij eenig recht mogen ontleenen."⁵⁴

Evenals bij de actio Pauliana buiten faillissement is de ratio van de subjectief relatieve werking dat slechts degenen wiens belangen worden beschermd van de vernietiging profijt mogen hebben. Zoals aangegeven betekent dit bij de actio Pauliana buiten faillissement dat andere benadeelde schuldeisers niet kunnen meeprofiteren van de vernietiging door een individuele schuldeiser. Bij de *faillissementspauliana* geldt dit in veel mindere mate. De curator vernietigt de bestreden rechtshandeling immers ten behoeve van *alle* (met betrekking tot het faillissement relevante) schuldeisers van de schuldenaar. In dat opzicht vertoont de vernietiging op grond van de *faillissementspauliana* meer 'absolute' kenmerken dan de vernietiging op grond van de actio Pauliana buiten faillissement.

De vraag rijst waarom de wetgever ook bij de *faillissementspauliana* subjectief relatieve werking aan de vernietiging heeft gegeven. Uit bovenstaande passage uit de parlementaire geschiedenis volgt dat hij hiermee in ieder geval heeft willen voorkomen dat de schuldenaar zelf profiteert van het beroep op de *faillissementspauliana*, bijvoorbeeld door zich na het eindigen van zijn faillissement op de gevolgen van de vernietiging te beroepen. Een casus waarin dit zich dreigde voor te doen, ligt ten grondslag

52 Zie Kortmann 1995, p. 442; J.J. van Hees 1997, p. 573-575; Van Koppen 1998-I, p. 177 e.v.; J.J. van Hees 2002, p. 66, noot 3; Wessels 2003, p. 416; Damsteegt-Molier 2009, p. 68 en Wessels 2010, nr. 3140.

53 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 391.

54 Van der Feltz I, p. 439.

aan het arrest van het Hof Arnhem van 6 februari 1878.⁵⁵ In bovenstaande passage uit de parlementaire geschiedenis wordt in een voetnoot naar dit arrest verwezen.⁵⁶

In korte tijd was zowel door curatoren een overeenkomst tot cessie vernietigd als door de schuldenaar met zijn schuldeisers een percentageakkoord bereikt. Na homologatie van het akkoord dagvaardt de inmiddels niet meer gefailleerde schuldenaar – in zijn hoedanigheid van schuldeiser van de door hem gecedeerde vordering – de *debitor cessus* en vordert betaling. De schuldenaar was kennelijk van mening dat de door hem gecedeerde vordering door de vernietiging nog steeds tot zijn vermogen behoorde. Zowel bij de rechtbank als het hof wordt hij echter niet-ontvankelijk verklaard. Het hof overweegt – kort samengevat – dat de faillissementspauliana ten behoeve van de *schuldeisers* wordt ingeroepen en niet ten behoeve van de *schuldenaar*, zodat de aangevochten overeenkomst ten opzichte van hem niet is vernietigd, maar in volle omvang is blijven bestaan.

Over andere mogelijke gevolgen van de subjectief relatieve werking van de vernietiging heeft de wetgever zich niet uitgesproken. Zo is niet duidelijk of 'derden' – anderen dan de curator – zich onder omstandigheden jegens elkaar op de rechtsgevolgen van de vernietiging kunnen beroepen. Stel bijvoorbeeld dat met de faillissementspauliana een door de schuldenaar gedane betaling is vernietigd. De betaalde schuldeiser kan zich in dat geval jegens de *curator* op het standpunt stellen dat de betaling achteraf gezien nooit heeft plaatsgevonden en dat zijn vordering derhalve nog bestaat. De vraag is of de schuldeiser dit ook kan jegens degene die zich als *borg* heeft verbonden voor zijn vordering op de schuldenaar. De wetgever lijkt op dit punt erg streng ("niemand anders dan zij eenig recht mogen ontleenen"). In § 4.2 en § 4.3 wordt aan de hand van een bespreking van art. 51 lid 1 en lid 3 Fw nader ingegaan op de gevolgen van de subjectief relatieve werking van de vernietiging.

4.2. Art. 51 lid 1 Fw

4.2.1. Algemeen

Hetgeen door de vernietiging uit het vermogen van de schuldenaar gaan is, moet door hen jegens wie de vernietiging werkt, aan de curator worden teruggegeven met inachtneming van afdeling 2 van titel 4 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, aldus art. 51 lid 1 Fw. Op de verbintenis tot ongedaanmaking zijn derhalve de regels van onverschuldigde betaling van (overeenkomstige) toepassing. De in art. 51 lid 1 Fw gebruikte be-

55 Zie Hof Arnhem 6 februari 1878, *Regtsgeleerd Bijblad* 1878, Afdeling B, p. 7-9.

56 Zie Van der Feltz I, p. 439, noot 1.

woordingen zijn niet voor alle gevallen goed gekozen.⁵⁷ Met de faillissementspauliana kunnen ook rechtshandelingen worden aangevochten die er niet toe hebben geleid dat een goed 'uit het vermogen van de schuldenaar gegaan is'. Gedacht kan worden aan een overeenkomst die verplicht tot het vestigen van een hypotheekrecht. Wordt een dergelijke overeenkomst vernietigd dan is van een situatie waarin een goed aan de curator moet 'worden teruggegeven' geen sprake. De bedoelde woorden lijken dan ook niet voor een specifieke situatie te zijn geschreven, maar in algemene zin uitdrukking te geven aan de gedachte dat de boedel na vernietiging in de oude toestand moet worden teruggebracht.⁵⁸ De vraag rijst of dit art. 51 lid 1 Fw in wezen tot een bepaling ten overvloede maakt. Bevestigt het slechts wat op grond van het algemene vermogensrecht al geldt, of vormt het in bepaalde gevallen een zelfstandige bron van verbintenissen? Volgens Huizink speelt de subjectief relatieve werking van de vernietiging bij het beantwoorden van deze vraag een belangrijke rol.⁵⁹

4.2.2. Gevolgen van de vernietiging

4.2.2.1. Vernietiging van een overeenkomst

Is met de faillissementspauliana een overeenkomst vernietigd, dan heeft de terugwerkende kracht van de vernietiging tot gevolg dat de prestaties die op grond van de overeenkomst zijn verricht achteraf bezien zonder rechtsgrond hebben plaatsgevonden. In de boedel bevindt zich derhalve een vordering uit onverschuldigde betaling (art. 6:203 e.v. BW). Bevatte de vernietigde overeenkomst de titel voor de levering van een aan de schuldenaar toebehorend goed, dan heeft de curator in beginsel bovendien de mogelijkheid om de zaak ten behoeve van de boedel te revindiceren.⁶⁰

De subjectief relatieve werking van de vernietiging brengt mee dat de vordering uit onverschuldigde betaling van de schuldenaar alleen bestaat in de verhouding tussen de curator en de wederpartij van de schuldenaar.⁶¹ Heeft de curator de vordering tijdens het faillissement niet geïnd, dan kan de schuldenaar nadat zijn faillissement is geëindigd niet zelf tot inning

57 Zie C. Asser 1894, p. 3 en Van der Feltz I, p. 523.

58 Zie Van der Feltz I, p. 523.

59 Zie Huizink 2009, p. 84, waarover § 4.2.2.1 van dit hoofdstuk.

60 Zie HR 3 juni 1921, NJ 1921, p. 968 e.v. (*Faillissement Janse*).

61 Zie Kortmann en Faber 1996-II, p. 151; Bakkerus 2000, p. 197 en 200 en Damsteeg-Molier 2009, p. 131.

overgaan.⁶² Hij kan zich immers ten opzichte van zijn wederpartij niet op de rechtsgevolgen van de vernietiging beroepen.

Bij de vernietiging van een *overeenkomst* verkrijgt de boedel van rechtswege een vordering uit onverschuldigde betaling.⁶³ De verwijzing naar afdeling 6.4.2 BW die bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in art. 51 lid 1 Fw is opgenomen is daarom *voor dit geval* overbodig. Huizink is echter een andere mening toegedaan. Hij betoogt:

"In art. 51 F wordt terecht aan de verbintenis uit onverschuldigde betaling gerefereerd. De regeling van de onverschuldigde betaling vertoont verwantschap met de onderhavige kwestie. De art. 6:203 e.v. BW over onverschuldigde betaling zouden zonder de verwijzing echter niet *rechtstreeks* toepasselijk zijn. Het beroep van de curator of bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling op de art. 42 e.v. F leidt immers slechts tot een relatieve nietigheid. Relatief, namelijk ten behoeve van de boedel. Vernietiging van de rechtshandeling betekent niet dat er *zonder rechtsgrond* in de zin van art. 6:203 BW zou zijn gepresteerd. Mijs inziens ontstaat door de vernietiging een verbintenis uit de wet, uit art. 51 F."⁶⁴

Zie ik het goed, dan brengt de subjectief relatieve werking van de vernietiging volgens Huizink mee dat niet kan worden gezegd dat de schuldenaar zonder rechtsgrond heeft gepresteerd. Tot dit oordeel komt hij waarschijnlijk door de vraag of sprake is van een vordering uit onverschuldigde betaling, te beantwoorden in de verhouding tussen de *schuldenaar* en zijn wederpartij. In *die* verhouding is de overeenkomst – en daarmee de rechtsgrond voor de betaling – ook na een geslaagd beroep op de faillissementspauliana nog steeds geldig. Dit is echter niet de verhouding die de aard van de in art. 51 lid 1 Fw bedoelde vordering bepaalt. Deze vordering wordt door de curator immers niet ten behoeve van de *schuldenaar*, maar ten behoeve van de *schuldeisers* geïnd. Vanuit *hun* perspectief is de overeenkomst wel vernietigd en zij kunnen zich bij monde van de curator in beginsel jegens een ieder op de rechtsgevolgen daarvan beroepen. De wederpartij van de schuldenaar kan zich tegenover de curator dus niet op het standpunt stellen dat zijn overeenkomst met de schuldenaar nog steeds geldig is; hij moet hetgeen hij krachtens deze overeenkomst heeft ontvangen op grond van art. 6:203 BW restitueren.

Wessels is evenals Huizink van mening dat vernietiging van een overeenkomst met de faillissementspauliana niet tot gevolg heeft dat zich in de

62 Zie Hof Arnhem 6 februari 1878, *Regtsgeleerd Bijblad* 1878, Afdeling B, p. 7-9.

63 Voor zover er reeds prestaties zijn verricht.

64 Huizink 2009, p. 84. Zie ook Huizink 1995, p. 18-19.

boedel een vordering uit onverschuldigde betaling bevindt.⁶⁵ Ook volgens hem zou art. 6:203 e.v. BW niet van toepassing zijn zonder de verwijzing daar naar in art. 51 lid 1 Fw. Hij heeft hiervoor echter een ander argument dan Huizink. Volgens Wessels is van een onverschuldigde betaling geen sprake, omdat aan vernietiging met de faillissementspauliana geen terugwerkende kracht zou zijn verbonden:

"In de literatuur wordt meestal aangenomen dat de vernietiging van de paulianeuze rechtshandeling terugwerkende kracht heeft tot het tijdstip waarop de rechtshandeling werd verricht, zulks gebaseerd op art. 3:53 lid 1 BW. (...) Ik meen daarentegen dat de verbintenis tot teruggave een zelfstandige verbintenis is die ontstaat uit de wet. De bron van deze verbintenis is (art. 6:1 BW jo.) art. 51 lid 1. Haar nakoming geschiedt overeenkomstig de regels aangaande onverschuldigde betaling. De terugbetaling zelf is geen ongedaanmaking van een onverschuldigde betaling, aangezien de oorspronkelijke voldoening door de schuldenaar een verschuldigde betaling was. De teruggaveverbintenis ontstaat niet – met terugwerkende kracht – tot een vóór de faillissementsdatum gelegen moment, maar werkt *ex nunc*."⁶⁶

Bij een consistente toepassing van Wessels' gedachte dat de vernietiging niet *ex tunc* maar *ex nunc* werkt, ontstaat door een geslaagd beroep op de faillissementspauliana geen vordering uit onverschuldigde betaling. Door het ontbreken van terugwerkende kracht was de overeenkomst – ook achteraf bezien – ten tijde van de betaling gewoon geldig. Niet duidelijk wordt waarom Wessels kennelijk van oordeel is dat art. 3:53 lid 1 BW bij de faillissementspauliana geen toepassing vindt.⁶⁷ Evenmin wordt duidelijk welke bezwaren volgens hem aan toepassing van dit artikellid zijn verbonden. Ik zie in dit verband in elk geval geen reden om af te wijken van de algemene regels die gelden voor de vernietiging van rechtshandelingen. Ook de wetgever gaat zonder twijfel uit van de toepasselijkheid van deze regels. Het zou anders onverklaarbaar zijn dat in art. 42 lid 1 Fw de toepasselijkheid van art. 3:50 lid 2 BW wordt uitgesloten.

65 Tot hetzelfde oordeel komt de Commissie insolventierecht. In de toelichting op art. 3.2.7 Voorontwerp merkt zij op dat 'het hier niet werkelijk gaat om een vordering uit onverschuldigde betaling', zie Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 225.

66 Wessels 2010, nr. 3242. Zie anders Wessels 2010, nr. 3260: "Tegenover de curator werkt de nietigheid, waarop alléén hij een beroep kan doen, *ex tunc* (...); tegenover hem heeft de nietigheid dus terugwerkende kracht, alles behoudens de inmiddels door derden te goeder trouw verkregen rechten."

67 Op een andere plaats geeft Wessels aan dat in zijn beschouwing 'expliciete toepassing van art. 3:53 lid 1 BW (vernietiging van een rechtshandeling heeft terugwerkende kracht) overbodig [is]', zie Wessels 2010, nr. 3272. In zijn opvatting kan art. 3:53 lid 1 BW echter – impliciet noch expliciet – van toepassing zijn, omdat anders van een vordering uit onverschuldigde betaling wel degelijk sprake zou zijn.

De zienswijze van Huizink en Wessels heeft onwenselijke gevolgen in het geval de vernietigde overeenkomst de titel bevatte voor de levering van een aan de schuldenaar toebehorend goed. Heeft vernietiging geen gevolgen voor de geldigheid van de 'rechtsgrond' zoals bedoeld in art. 6:203 BW, dan geldt hetzelfde voor de 'titel' zoals bedoeld in art. 3:84 lid 1 BW. Beide begrippen hebben naar geldend recht immers dezelfde betekenis.⁶⁸ In de benadering van Huizink en Wessels kan de curator het goed dat paulianeus uit het vermogen van de schuldenaar is verdwenen dus *niet* revindiceren.⁶⁹ De verplichting tot teruggave van art. 51 lid 1 Fw zou slechts *verbintenissenrechtelijk* van aard zijn, waardoor de faillissementspauliana een belangrijk gedeelte van haar bestaansrecht zou verliezen.

Zoals al aangegeven, kan de curator naar heersende opvattingen na de vernietiging van een overeenkomst die ten grondslag ligt aan de overdracht van een aan de schuldenaar toebehorend goed wel degelijk tot revindicatie overgaan. Laat de curator deze mogelijkheid onbenut, dan kan de schuldenaar het desbetreffende goed na het eindigen van zijn faillissement niet zelf revindiceren. In de verhouding tussen de schuldenaar en de verkrijger is het goed tot het vermogen van de verkrijger blijven behoren. Rustte op het overgedragen goed een beperkt recht dat door de overdracht is tenietgegaan, dan kan de voormalig beperkt gerechtigde zich in bepaalde gevallen jegens de curator op het standpunt stellen dat het beperkte recht als gevolg van de vernietiging is 'herleefd'. Dit geldt bijvoorbeeld als het beperkte recht een pandrecht is, gevestigd onder de ontbindende voorwaarde van overdracht van het bezwaarde goed. De subjectief relatieve werking van de vernietiging staat hier niet aan in de weg. Ook in de verhouding tussen de pandhouder en de curator geldt dat de koopovereenkomst achteraf bezien nooit heeft bestaan. Een andere uitkomst zou er in dit geval bovendien toe leiden dat de vernietiging verder werkt dan nodig is om het nadeel op te heffen. De schuldeisers van de gefailleerde zouden zich kunnen verhalen op een onbezwaard goed, terwijl dit niet het geval zou zijn geweest als de rechtshandeling nooit was verricht.

4.2.2.2. Vernietiging van een betaling

Wordt niet de rechtshandeling die de rechtsgrond voor de betaling vormde vernietigd, maar de betaling zelf, dan is van een vordering uit onverschuldigde betaling geen sprake. Het met terugwerkende kracht wegval-

68 Zie hierover Bartels 2004, p. 78, voetnoot 57 en p. 123-125.

69 Hierdoor zou aan derdenbescherming geen behoefte meer bestaan.

len van de rechtsgevolgen van de betaling – het tenietgaan van de vordering – heeft slechts tot gevolg dat de vordering achteraf gezien steeds heeft bestaan. De terugwerkende kracht brengt niet mee dat de boedel jegens de betaalde schuldeiser een vordering uit onverschuldigde betaling heeft.⁷⁰ De rechtsgrond voor de betaling is immers nog steeds in tact. De grondslag voor de vordering tot restitutie van het door de schuldenaar betaalde is art. 51 lid 1 Fw.⁷¹ De regels inzake onverschuldigde betaling zijn op deze vordering niet *rechtstreeks*, maar van *overeenkomstige* toepassing. Dit is een van de gevallen waarin art. 51 lid 1 Fw geen overbodige bepaling is.⁷²

4.2.2.3. Verrekening van de in art. 51 lid 1 Fw bedoelde vorderingen

De in art. 51 lid 1 Fw bedoelde vorderingen behoren tot het afgescheiden vermogen van de schuldenaar (de faillissementsboedel).⁷³ Deze schuld aan de boedel kan slechts worden verrekend met vorderingen op de boedel (vgl. art. 6:127 lid 3 BW), waaronder die van art. 51 lid 3 Fw.⁷⁴ Verrekening met een *faillissementsvordering* op de schuldenaar is niet mogelijk. Volgens de Hoge Raad is verrekening in dat geval in strijd met het doel en de strekking van art. 42 jo. 51 Fw.⁷⁵ Kortmann en Faber komen tot hetzelfde resultaat, maar zijn van oordeel dat verrekening reeds onmogelijk is omdat niet aan de vereisten van art. 53 lid 1 Fw is voldaan.⁷⁶ De in art. 51 lid 1 Fw bedoelde schuld aan de boedel bestaat volgens hen voor toepassing van art.

70 Zie anders Kortmann en Faber 1995, p. 131-133.

71 Of art. 51 lid 1 Fw (mede) met dit doel is geschreven, kan worden betwijfeld. De wetgever lijkt deze bepaling overbodig te vinden, zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 399. Opgemerkt wordt dat de verwijzing naar afdeling 6.4.2 BW slechts 'duidelijkheidshalve' is toegevoegd. Daarnaast geldt dat bij de actio Pauliana buiten faillissement niet is voorzien in een wettelijke grondslag voor de vordering tot restitutie van een paulianeuze betaling.

72 Denk ook aan het geval waarin de curator na een succesvol beroep op de faillissementspauliana een derde-verkrijger aanspreekt die niet op grond van art. 51 lid 2 Fw wordt beschermd. Als de derde het goed niet meer heeft – bijvoorbeeld omdat hij het heeft overgedragen aan een vierde die zich wel op art. 51 lid 2 Fw kan beroepen – vormt art. 51 lid 1 Fw de grondslag van de vordering op de derde-verkrijger. Revinindicatie is in dat geval niet mogelijk.

73 Zie Kortmann en Faber 1995, p. 132; Bakkerus 2000, p. 199; Faber 2005, nr. 329 en Damsteegt-Molier 2009, p. 130-132. Anders Winter 1992, p. 202; Verstijlen 1994-I, p. 239; Huizink 1995, p. 19; Van Schilfgaarde, noot onder HR 30 september 1994, NJ 1995, 626 (Kuijsters/Gaalman q.q.), onder 6; Boschma 1997, p. 121; Van Koppen 1998-I, p. 189 en 244 en Wessels 2010, nr. 3245 en 3246, die van oordeel zijn dat de vordering niet aan de schuldenaar, maar aan de curator toekomt.

74 Zie over de vraag wanneer de vordering ex art. 51 lid 3 Fw er een op de boedel is § 5.2.2 van dit hoofdstuk.

75 Zie HR 30 september 1994, NJ 1995, 626, nt. PvS (Kuijsters/Gaalman q.q.).

76 Zie Kortmann en Faber 1995, p. 133. Zie ook Jol 1996, p. 205 en Faber 2005, nr. 461.

53 Fw niet al vóór de faillietverklaring. Het feit dat aan de vernietiging terugwerkende kracht is verbonden, staat hier volgens Kortmann en Faber niet aan in de weg. De desbetreffende schuld vloeit volgens hen evenmin voort uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde ver-richt, maar vindt zijn rechtstreekse grondslag in het beroep op de faillissementspauliana. De regel dat de in art. 51 lid 1 Fw bedoelde schuld aan de boedel niet kan worden verrekend met een faillissementsvordering op de schuldenaar, zou in het voorgestelde art. 3.2.7 lid 1 van het Voorontwerp Insolventiewet worden gecodificeerd.

4.2.3. Onverschuldigde betaling

Op de niet-nakoming van de verbintenis uit art. 51 lid 1 Fw jo. 6:203 BW zijn art. 6:74 e.v. BW van toepassing. Dit heeft onder meer tot gevolg dat degene jegens wie de vernietiging werkt onder omstandigheden een be-roep kan doen op overmacht (art. 6:75 BW).⁷⁷ Hiermee wordt afgeweken van wat gold vóór 1992. Op grond van art. 51 lid 2 (oud) Fw was degene die om wat voor reden dan ook niet tot teruggave in staat was, verplicht de schade aan de boedel te vergoeden.⁷⁸ De gevolgen van onmogelijkheid van een correcte restitutie waren in (het systeem van) het oud Burgerlijk Wetboek niet geregeld.⁷⁹ In het huidige Burgerlijk Wetboek wordt de verbintenis uit onverschuldigde betaling als alle andere verbintenissen behan-deld, waardoor een beroep op overmacht wel mogelijk is.

Een succesvol beroep op overmacht zal zich echter niet snel voordoen. Op grond van art. 6:75 jo. 6:84 BW kan de onmogelijkheid van nakoming in beginsel steeds worden toegerekend als deze is ontstaan tijdens het ver-zuim van degene jegens wie de vernietiging werkt. Had degene met of je-gens wie de schuldenaar handelde wetenschap van benadeling, dan treedt het verzuim naar mijn mening meteen in. In de wetsgeschiedenis wordt in dit verband naar het huidige art. 6:205 BW verwezen.⁸⁰ Degene met of jegens wie de schuldenaar handelde hoeft de schade wegens de tekortko-ming in de nakoming van de vordering ex art. 51 lid 1 Fw jo. 6:203 BW niet te vergoeden, indien de schade ook bij een behoorlijke en tijdige nakoming zou zijn geleden (art. 6:84 BW). Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als de schuldenaar een zaak heeft verkocht en geleverd met de afspraak dat hij deze nog enige tijd 'terug' mag huren en de curator in het nadien uitge-

77 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 399.

78 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 399. Zie ook Verschoof 1992, p. 75; Van Koppen 1998-I, p. 199-201 en Wessels 2010, nr. 3241.

79 Zie Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-IV*, nr. 437.

80 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 399.

sproken faillissement tot vernietiging van de koopovereenkomst overgaat. Is de zaak in de periode dat de schuldenaar er als huurder gebruik van maakte door brand tenietgegaan, dan kan de koper zich met betrekking tot zijn verplichting ex art. 51 lid 1 Fw jo. 6:203 jo. 6:74 BW op overmacht beroepen. De schade zou immers ook zijn geleden bij een behoorlijke en tijdige nakoming (art. 6:84 BW).

De vordering uit onverschuldigde betaling ontstaat met terugwerkende kracht op het moment waarop door de schuldenaar is betaald.⁸¹ De aan dit vorderingsrecht verbonden *rechtsvordering* ontstaat echter pas op het moment van de *vernietiging*.⁸² Op de verjaring van deze rechtsvordering is art. 3:309 BW van toepassing. Dit betekent dat de rechtsvordering in de regel zal verjaren door verloop van vijf jaren nadat de aangevochten rechtshandeling in of buiten rechte is vernietigd. Op het moment van de vernietiging zal de curator in beginsel zowel met het bestaan van de vordering als de debiteur daarvan bekend zijn. Voor de stuiting van de verjaring geldt het bepaalde in art. 3:317 lid 1 BW.

4.3. Art. 51 lid 3 Fw

4.3.1. Algemeen

Art. 51 lid 3 Fw ziet op het geval waarin de curator een *overeenkomst* heeft vernietigd. Het regelt de positie van de wederpartij van de schuldenaar. Het artikellid is niet van toepassing op derde- en opvolgende verkrijgers.⁸³ Om die reden zou het mijn voorkeur hebben de woorden 'zij jegens wie de vernietiging werkt' in art. 51 lid 3 Fw te vervangen door 'de wederpartij van de schuldenaar'.⁸⁴

4.3.2. Gevolgen van de vernietiging

De vordering van art. 51 lid 3 Fw is een vordering uit onverschuldigde betaling (art. 6:203 e.v. BW).⁸⁵ In de verhouding tussen de curator en de wederpartij van de schuldenaar is achteraf bezien van een geldige overeenkomst geen sprake en heeft de wederpartij dus zonder rechtsgrond gepresteerd.⁸⁶ Afhankelijk van de vraag of de boedel is gebaat door het ontvange-

81 Zie Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-IV*, nr. 438.

82 Zie Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II*, nr. 410.

83 Zie HR 28 mei 1982, NJ 1983, 310, nt. BW (*Van Galen/Wiarda q.q.*).

84 Zie ook Faber 2008, p. 191-192.

85 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 399.

86 Vgl. Damsteegt-Molier 2009, p. 149-150 en 155.

ne, kwalificeert de vordering als een faillissementsvordering of een boedelvordering.⁸⁷

In de verhouding tussen de *schuldenaar* en zijn wederpartij blijft de door de curator vernietigde overeenkomst gewoon geldig.⁸⁸ Bevatte de vernietigde overeenkomst de titel voor de overdracht van een aan de schuldenaar toebehorend goed, dan behoort het goed in deze verhouding dus nog tot het vermogen van de wederpartij. Omdat de wederpartij het goed desalniettemin aan de boedel heeft moeten afstaan, kan hij jegens de *schuldenaar* – afhankelijk van de tussen hen bestaande rechtsverhouding – nakoming vorderen, tot ontbinding van de overeenkomst overgaan en/of (aanvullende) schadevergoeding vorderen. Bedacht moet worden dat deze vorderingen van de wederpartij *niet* bestaan in zijn verhouding tot de curator.⁸⁹ Hij kan zich voor deze vorderingen dan ook niet verhalen op goederen die tot de faillissementsboedel behoren. Hij kan zich uiteraard wel verhalen op de buiten het faillissement gebleven goederen van de schuldenaar.⁹⁰ Is het faillissement van de schuldenaar geëindigd, dan kan de wederpartij zich voor de bedoelde vorderingen op alle goederen van de schuldenaar verhalen.

4.3.3. Art. 51 lid 3 Fw is niet van toepassing bij de vernietiging van een betaling

Wordt met de faillissementspauliana een *betaling* vernietigd, dan 'herleeft' de betaalde vordering. Art. 51 lid 3 Fw is op deze vordering niet van toepassing. Dit artikellid ziet slechts op restitutie van hetgeen de wederpartij op grond van een vernietigde *overeenkomst* heeft gepresteerd. Vernietiging van een betaling heeft daarentegen tot gevolg dat de schuldeiser zijn oorspronkelijke vordering ter verificatie kan indienen.⁹¹ De vordering is door de terugwerkende kracht van de vernietiging achteraf bezien niet tenietgegaan. De aan de vordering verbonden voorrang blijft dus in stand.⁹² Vloeit de voorrang voort uit een door de *schuldenaar* gevestigd zekerheidsrecht,

⁸⁷ Zie hierover § 5.2.2 van dit hoofdstuk.

⁸⁸ Zie Kortmann en Faber 1996-II, p. 152; Van Koppen 1998-I, p. 167; Faber 2005, nr. 328; Damsteegt-Molier 2009, p. 149 en Wessels 2010, nr. 3141. Vgl. ook HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848, nt. EMM (*De Boer/Haskerveenpolder*).

⁸⁹ Zie Damsteegt-Molier 2009, p. 149-150. In zijn relatie tot de curator geldt dat de overeenkomst is vernietigd, zodat van een tekortkoming in de nakoming geen sprake kan zijn.

⁹⁰ Anders Van Koppen 1998-I, p. 268.

⁹¹ Dit geldt ook voor derden die tot inning van de desbetreffende vordering bevoegd zijn, zoals een openbaar pandhouder of een lasthebber. Ook zij kunnen zich jegens de curator op de rechtsgevolgen van de vernietiging beroepen.

⁹² Zie ook Faber 2005, nr. 329.

dan levert de subjectief relatieve werking van de vernietiging geen problemen op.⁹³ In de verhouding tussen de curator en de desbetreffende schuldeiser bestaat de vordering nog steeds, waardoor hetzelfde geldt voor het aan de vordering verbonden zekerheidsrecht. Betreft het daarentegen een door een *derde* gevestigd zekerheidsrecht, dan levert de subjectief relatieve werking van de vernietiging mogelijk wel problemen op. Hetzelfde geldt wanneer een derde persoonlijke zekerheid heeft gesteld. Kan de desbetreffende schuldeiser zich in die gevallen jegens de derde op de rechtsgevolgen van de vernietiging beroepen? Bij een strikte toepassing van de subjectief relatieve werking van de vernietiging zou deze vraag ontkennend moeten worden beantwoord. De rechtsgevolgen van de vernietiging kunnen dan slechts door of jegens de *curator* worden ingeroepen. Toch zou deze vraag onder omstandigheden bevestigend moeten worden beantwoord. Het gaat mijns inziens te ver om de schuldeiser jegens wie de betaling is vernietigd steeds in een slechtere positie te brengen dan die waarin hij zou hebben verkeerd als de betaling nooit zou hebben plaatsgevonden, wanneer dit niet noodzakelijk is om het door de schuldeisers geleden nadeel op te heffen.

Een andere vraag die verband houdt met de subjectief relatieve werking van de vernietiging is of de vordering van de schuldeiser door de vernietiging van de betaling ook herleeft in zijn verhouding tot de *schuldenaar*. Alleen als deze vraag bevestigend wordt beantwoord kan de schuldeiser zijn schuldenaar na het eindigen van het faillissement tot betaling aanspreken, of zich nog tijdens het faillissement op goederen verhalen die niet in de faillissementsboedel vallen. Ook hier geldt dat strikte toepassing van de subjectief relatieve werking van de vernietiging zou meebrengen dat de vraag ontkennend moet worden beantwoord. In de verhouding tussen de schuldenaar en degene met of jegens wie hij handelde blijft de vernietigde rechtshandeling immers geldig. Het gevolg hiervan zou echter zijn dat de schuldenaar zonder (per saldo) enige prestatie te hebben verricht van zijn verplichting jegens de schuldeiser is bevrijd. Een dergelijke uitkomst staat haaks op de gedachte dat de schuldenaar zelf niet mag profiteren van een

93 Hoewel de betaling van een vordering waarvoor een zekerheidsrecht is verstrekt in de regel niet tot benadeling van schuldeisers zal leiden – en een succesvol beroep op de faillissementspauliana zich dus niet vaak zal voordoen – is dit niet onmogelijk. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie dat het bezwaarde goed onvoldoende verhaal zou hebben geboden voor (het betaalde gedeelte van) de vordering. Dit geval kan overigens ook via de objectief relatieve werking van de vernietiging worden opgelost. De betaling wordt dan slechts vernietigd, voor zover het bezwaarde goed voor de vordering geen verhaal zou hebben geboden.

beroep op de *faillissementspauliana*. Ook hier zou derhalve ruimte moeten zijn voor een uitzondering op de hoofdregel.

5. OBJECTIEF RELATIEVE WERKING

5.1. Algemeen

Met de objectief relatieve werking van de vernietiging wordt bedoeld dat de vernietiging niet verder werkt dan ter opheffing van het nadeel. De vernietiging treft slechts het gedeelte van de inhoud van de rechtshandeling (het 'object') dat tot benadeling van schuldeisers heeft geleid.⁹⁴ Voor de *actio Pauliana* buiten faillissement volgt deze vorm van partiële nietigheid uit art. 3:45 lid 4 BW. De gevolgen die de objectief relatieve werking van de vernietiging heeft kunnen worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld.

Nadat de schuldenaar een aan hem toebehorende vordering van € 10.000 voor slechts € 7.000 aan een derde heeft gecedeerd, vernietigt een van zijn schuldeisers de overeenkomst tot cessie met de *actio Pauliana*. Stel dat het nadeel van die schuldeiser € 3.000 is, dan brengt art. 3:45 lid 4 BW mee dat de overeenkomst slechts *in zoverre* is vernietigd. De cessionaris blijft rechthebbende van de desbetreffende vordering voor zover de waarde daarvan de benadeling overstijgt (€ 7.000). De schuldeiser die zich op de *actio Pauliana* heeft beroepen kan zich verhalen op het *andere* deel van de vordering. Door de vernietiging heeft dit vanuit zijn perspectief altijd tot het vermogen van de schuldenaar behoord.⁹⁵

Zou de overeenkomst tot cessie in het bovenstaande voorbeeld met de *faillissementspauliana* zijn vernietigd, dan leiden art. 51 lid 1 en lid 3 Fw praktisch gezien veelal tot een vergelijkbaar resultaat. De wijze waarop tot dit resultaat wordt gekomen, verschilt echter. Anders dan in het voorbeeld 'splits' de overgedragen vordering zich niet. Het systeem van art. 51 lid 1 en lid 3 Fw brengt mee dat de schuldenaar vanuit het perspectief van de curator achteraf gezien steeds rechthebbende is geweest van de *gehele* vordering. Om te voorkomen dat de schuldeisers hierdoor beter af zijn dan in het geval de aangevochten rechtshandeling nooit zou zijn verricht, kan de

94 Zie Eggens 1947, p. 12, voetnoot 8 en p. 24.

95 Was op grond van de vernietigde overeenkomst niet een vordering maar een roerende zaak overgedragen, dan is het voor de schuldeiser die de *actio Pauliana* heeft ingeroepen (praktisch) niet mogelijk om slechts een gedeelte van de zaak te executeren. Ondanks dat de koper gedeeltelijk rechthebbende van de zaak is gebleven, zal de 'gehele' zaak executoriaal worden verkocht. Het eigendomsrecht van de koper vertaalt zich dan in een aanspraak op het executieoverschot, zie Damsteegt-Molier 2009, p. 151.

cessionaris de door hem betaalde koopsom als onverschuldigd terugvorderen.⁹⁶

Moet uit het voorgaande de conclusie worden getrokken dat aan de vernietiging op grond van de faillissementspauliana geen objectief relatieve werking is verbonden, maar deze volledig door art. 51 lid 1 en lid 3 Fw wordt beheerst?⁹⁷ Een bevestigde beantwoording kan worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis. Hierin wordt opgemerkt dat art. 3:45 lid 4 BW vanwege het bepaalde in art. 51 lid 1 en lid 3 Fw niet in de regeling van de faillissementspauliana is opgenomen.⁹⁸ De Hoge Raad komt in het arrest Dekker q.q./Lutèce echter tot een ander oordeel.⁹⁹ Hij overweegt daarin met betrekking tot de vernietiging op grond van de faillissementspauliana dat:

"(...) de vernietiging geen verdere strekking heeft dan dat de rechtsgevolgen van de vernietigde rechtshandeling niet tegenover de boedel kunnen worden ingeroepen voorzover de boedel door die rechtsgevolgen wordt benadeeld."¹⁰⁰

De vraag rijst welke (praktische) gevolgen er in dit verband aan objectief relatieve werking van de vernietiging verbonden zouden kunnen zijn. Zijn er gevallen waarin toepassing van de regel dat de vernietiging niet verder werkt dan ter opheffing van het nadeel tot een ander resultaat leidt dan strikte toepassing van art. 51 lid 1 en lid 3 Fw? Op deze vraag wordt in § 5.2 antwoord gegeven.

Bedacht moet overigens worden dat art. 51 lid 3 Fw alleen ziet op de prestatie die de schuldenaar op grond van een vernietigde *overeenkomst* heeft ontvangen.¹⁰¹ Dit artikellid is niet van toepassing op andere gevallen waarin de omvang van het door schuldeisers geleden nadeel kleiner is dan de waarde van hetgeen op grond van art. 51 lid 1 Fw aan de boedel moet worden gerestitueerd. Het spreekt mijns inziens voor zich dat een succesvol beroep op de faillissementspauliana ook in die gevallen niet tot gevolg mag hebben dat de schuldeisers beter af zijn dan in het geval de aangevochten rechtshandeling nooit zou zijn verricht.

96 De schuldeisers zouden zich anders niet alleen weer op de paulianeus overgedragen vordering kunnen verhalen, maar tevens op de daarvoor betaalde koopsom.

97 Het antwoord op deze vraag is lange tijd onduidelijk gebleven, zie J.J. van Hees 1997, p. 575; Bakkerus 2000, p. 200; Faber 2005, nr. 328 en Damsteegt-Molier 2009, p. 68. Zie ook Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 225.

98 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 392.

99 HR 24 april 2009, NJ 2009, 416, nt. PvS; JOR 2010/22, nt. NEDF (Dekker q.q./Lutèce).

100 R.o. 3.3.7.

101 Zie § 4.3.1 van dit hoofdstuk.

In § 5.3 wordt ingegaan op de situatie waarin het nadeel dat de curator ongedaan wil maken gedeeltelijk door de aangevochten rechtshandeling zelf is veroorzaakt en gedeeltelijk door een ander rechtsfeit c.q. een andere rechtshandeling. Door het bepaalde in art. 51 lid 3 Fw is het dan mogelijk dat toch het volledige nadeel voor rekening komt van degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling is verricht. De vraag die wordt gesteld is of dit zonder meer gerechtvaardigd is.

5.2. Verschillen tussen art. 51 Fw en objectief relatieve werking

5.2.1. Aanbod tot opheffing van het nadeel

Degene met of jegens wie de schuldenaar een nadelige rechtshandeling heeft verricht kan voorkomen dat een individuele schuldeiser deze met de actio Pauliana van art. 3:45 e.v. BW vernietigt, door het nadeel van de desbetreffende schuldeiser op te heffen.¹⁰² Hij kan dit doen door het gedeelte van de vordering van de schuldeiser te voldoen, waarvoor deze als gevolg van de nadelige rechtshandeling geen verhaal meer vindt. Een beroep van deze schuldeiser op de actio Pauliana zal dan niet kunnen slagen, omdat niet is voldaan aan het benadelingsvereiste.¹⁰³ Heeft de benadeelde schuldeiser de rechtshandeling reeds in of buiten rechte vernietigd, dan kan degene met of jegens wie de schuldenaar handelde op dezelfde wijze aan de gevolgen van de vernietiging ontkomen. De voldoening van (een deel van) de vordering van de benadeelde schuldeiser heeft dan echter niet tot gevolg dat door het ontbreken van benadeling achteraf bezien geen succesvol beroep op de actio Pauliana is gedaan. Omdat de vernietiging niet verder werkt dat ter opheffing van het nadeel geldt 'slechts' dat de rechtsgevolgen van de vernietiging niet meer door de desbetreffende schuldeiser kunnen worden ingeroepen.¹⁰⁴

De vraag is of dit laatste ook geldt voor de *faillissementspauliana*. Kan degene met of jegens wie de schuldenaar handelde aan de gevolgen van vernietiging ontkomen door de benadeling van de schuldeisers op te heffen? Indien de vernietiging op grond van de *faillissementspauliana* objectief

102 Een reden hiervoor kan zijn dat hij het goed dat hij op grond van de aangevochten rechtshandeling heeft verkregen wil behouden.

103 Is zijn benadeling opgeheven door *integrale* voldoening van de vordering, dan is een succesvol beroep op de actio Pauliana reeds onmogelijk omdat hij niet meer de hoedanigheid van schuldeiser heeft.

104 Zie Eggens 1947, p. 22-23; Beekhuis 1959-I, p. 13; Ankum 1962-II, p. 176-177; (impliciet) Kortmann 1995, p. 442-443; J.J. van Hees 1997, p. 575. Zie ook Hof Arnhem 10 december 1991, *NJ* 1993, 40.

relatieve werking heeft, dan moet deze vraag bevestigend worden beantwoord.¹⁰⁵ Anders dan geldt bij de *actio Pauliana* buiten faillissement, zal de benadeling in de regel echter niet kunnen worden opgeheven door (een deel van) de vorderingen van de schuldeisers te voldoen. Omdat pas aan het einde van het faillissement komt vast te staan wie uiteindelijk profijt zouden hebben gehad van het beroep op de faillissementspauliana, is niet duidelijk om welke schuldeisers het gaat. Een praktische oplossing voor dit probleem zou kunnen bestaan in het betalen van een geldsom ter grootte van het nadeel aan de *boedel*.¹⁰⁶ De vraag is echter of voor deze betaling wel een rechtsgrond bestaat. De boedel heeft in beginsel slechts recht op 'teruggave' ex art. 51 lid 1 Fw en niet op vergoeding van het nadeel in geld. Betekent dit dat degene die het nadeel wil opheffen voor het bevrijdend kunnen betalen afhankelijk is van de toestemming van de curator? Mijs inziens is dit niet het geval. Gaat men met Hartkamp en Bartels uit van een meer flexibele benadering van de begrippen 'rechtsgrond' en 'titel',¹⁰⁷ dan is verdedigbaar dat in een geval als het onderhavige voldoende maatschappelijke rechtvaardiging bestaat voor de betaling aan de boedel (en dus sprake is van een rechtsgrond voor die betaling).

Ook indien aan de vernietiging op grond van de faillissementspauliana geen objectief relatieve werking is verbonden, bestaat er voor degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wellicht een mogelijkheid om aan de rechtsgevolgen van de vernietiging te ontkomen. Verdedigbaar is dat hij dit kan doen door de curator aan te bieden het nadeel weg te nemen. Evenals in art. 3:54 lid 1 BW met betrekking tot misbruik van omstandigheden en in art. 6:230 lid 1 BW met betrekking tot dwaling is geregeld, zou de bevoegdheid van de curator om zich op de gevolgen van een succesvol beroep op de faillissementspauliana te beroepen vervallen als degene met of jegens wie de schuldenaar handelde tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt die het nadeel op afdoende wijze opheft.¹⁰⁸ Omdat een regeling als die van art. 3:54 en 6:230 BW bij de fail-

105 Zie Kortmann 1995, p. 442-443; J.J. van Hees 1997, p. 575; Wessels 2003, p. 420-421 en Faber 2005, nr. 332. Het ontbreken van een objectief relatieve werking van de vernietiging zou volgens hen aan een dergelijke mogelijkheid in de weg staan.

106 In wezen wordt bij de zogeheten Peeters q.q./Gatzen-vordering een vergelijkbare oplossing gehanteerd. Ondanks dat de materiële vordering uit onrechtmatige daad niet aan de boedel, maar aan de benadeelde schuldeisers toekomt, valt de opbrengst van de door de curator ingestelde rechtsovereenkomst wel in de boedel, zie HR 16 september 2005, NJ 2006, 311, nt. PvS; JOR 2006/52, nt. SCJJK (*De Bont/Bannenbergh q.q.*) en HR 24 april 2009, NJ 2009, 416, nt. PvS; JOR 2010/22, nt. NEDF (*Dekker q.q./Lutèce*).

107 Zie hierover Hartkamp 1974, p. 375-383 en 393-399 en Bartels 2002, p. 47-61.

108 Zie over de vraag wat in dit verband onder 'tijdig' moet worden verstaan Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 630 met literatuurverwijzingen.

lissementspauliana ontbreekt,¹⁰⁹ zou dit resultaat via de weg van art. 6:2 lid 2 BW bereikt kunnen worden.¹¹⁰ Denkbaar is dat het gegeven de omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de curator zich op de rechtsgevolgen van de vernietiging blijft beroepen als degene met of jegens wie de schuldenaar handelde heeft aangeboden de benadeling op te heffen door het betalen van een geldsom.¹¹¹

Stel dat niet degene met of jegens wie de schuldenaar handelde, maar de curator voorkeur heeft voor betaling van een geldsom boven teruggave van hetgeen uit het vermogen van de schuldenaar gegaan is. Zou de objectief relatieve werking van de vernietiging hiervoor een grondslag kunnen bieden? Mijns inziens is dit niet het geval. De aard van de faillissementspauliana als vernietigingsactie lijkt zich hier tegen te verzetten.¹¹² Faber acht het echter niet uitgesloten dat art. 3:53 lid 2, 3:54 en 6:230 BW in dit geval analoog worden toegepast.¹¹³ Wenst de curator in plaats van teruggave van hetgeen uit het vermogen van de schuldenaar gegaan is schadevergoeding in geld, dan zal hij in beginsel de rechtshandeling in stand moeten laten en een vordering uit onrechtmatige daad moeten instellen tegen de bij de rechtshandeling betrokken partij(en).

5.2.2. De status van de in art. 51 lid 3 Fw bedoelde vorderingen

Na de vernietiging van een overeenkomst op grond van art. 42 e.v. Fw heeft de wederpartij een *boedel*vordering tot restitutie van het door hem ge-presteerde voor zover 'de boedel erdoor is gebaat'. Voor het overige heeft hij slechts een concurrente *faillissements*vordering (art. 51 lid 3 Fw). Uit de parlementaire geschiedenis lijkt te volgen dat de boedel slechts gebaat kan zijn wanneer de tegenprestatie in handen van de curator is gekomen of op andere wijze het *actief* heeft vermeerderd. Zo merkt de wetgever bij de totstandkoming van de huidige regeling van de faillissementspauliana op:

109 Dit geldt ook voor de actio Pauliana buiten faillissement, zie Wammes, 1991, p. 102. Een analoge toepassing van deze bepalingen wordt echter wel mogelijk geacht, zie Faber 2005, nr. 332 en Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 632.

110 Zie Wammes, 1991, p. 102.

111 Zie Faber 2005, nr. 332. Zie voor het overeenkomstenrecht HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*). Uit dit arrest volgt dat de crediteur in beginsel de keuze heeft tussen nakoming en schadevergoeding, maar hierbij gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. Zie hierover Van Dijk 2006, p. 91-92.

112 Er zijn echter voorbeelden in de lagere rechtspraak waarin een dergelijk verzoek van de curator werd gehonoreerd, zie Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1998, *JOR* 1998/156 en Rb. Dordrecht 16 mei 2001, *JOR* 2001/163.

113 Zie Faber 2005, nr. 333.

"Tegenover de verplichting van hem, die in fraudem creditorum ontving, om het ontvangene te restitueeren, staat de gehoudenheid van den curator om uit den boedel de contrapraestatie terug te geven, voor zooverre daardoor *het actief vergroot is* [cursivering: RJvdW]."¹¹⁴

Deze uitleg wordt herhaald bij de wijziging van art. 51 lid 3 Fw naar aanleiding van de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek:

"In het derde lid daarentegen gaat het om het gebaat zijn van de *boedel* en wordt de term in dezelfde betekenis gebezigd als in artikel 24. Hier is beslissend of het ontvangene in handen van de curator is gekomen of op andere wijze *het actief heeft vermeerderd* [cursivering: RJvdW]; men denke aan werkzaamheden verricht ten behoeve van tot de boedel behorende goederen die daardoor in waarde zijn vermeerderd (...)."¹¹⁵

Heeft de tegenprestatie geleid tot een vermindering van de omvang van de *verifieerbare vorderingen*, dan zou dus moeten worden aangenomen dat de boedel hierdoor niet kan zijn gebaat zoals bedoeld in art. 51 lid 3 Fw.¹¹⁶ Wordt in dit artikellid met 'de boedel' het afgescheiden faillissementsvermogen van de schuldenaar bedoeld, dan is deze uitkomst technisch juridisch gezien juist. De boedel bestaat aan de actiefzijde uit de in art. 20 Fw bedoelde goederen en aan de passiefzijde uit *boedelschulden*. Het tenietgaan van *faillissementsschulden* kan op de samenstelling van de boedel derhalve geen invloed uitoefenen. Deze benadering staat echter op gespannen voet met het uitgangspunt dat de vernietiging (per saldo) niet verder mag werken dan nodig is om het nadeel op te heffen. De omvang van het nadeel kan immers wel degelijk worden beïnvloed door het tenietgaan van verifieerbare vorderingen. Stel bijvoorbeeld dat met de faillissementspauliana een overeenkomst is vernietigd op grond waarvan de schuldenaar een goed ter waarde van 100 voor slechts 80 aan een derde heeft verkocht en geleverd. Heeft de schuldenaar de ontvangen koopsom aangewend om de vordering van een schuldeiser met een pandrecht te betalen, dan zal het nadeel van de schuldeisers in de regel niet 100, maar slechts 20 zijn. Door het tenietgaan van de vordering van de pandhouder komt de opbrengst van het goed waarop het pandrecht rustte nu immers aan de schuldeisers ten goede. De wederpartij van de schuldenaar zou dan een vordering uit onverschuldigde betaling van 80 op de *boedel* moeten hebben. Zo niet, dan heeft de vernietiging tot gevolg dat de schuldeisers in een betere positie komen te verkeren dan het geval zou zijn geweest als

114 Van der Feltz I, p. 457.

115 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 399.

116 In deze zin Rb. Amsterdam 3 mei 1989, NJ 1990, 621 en Rb. Maastricht 1 augustus 1996, JOR 1996/124, nt. JJvH.

de aangevochten rechtshandeling nooit was verricht. De faillissementspauliana schiet dan haar doel voorbij. Een redelijke uitleg van art. 51 lid 3 Fw brengt mijns inziens mee dat ook met een vermindering van de verifieerbare vorderingen rekening moet kunnen worden gehouden.¹¹⁷ Om dit ook terminologisch zuiver in deze bepaling tot uitdrukking te brengen zou het woord 'boedel' vervangen moeten worden door 'schuldeisers'.

5.2.3. De rang van de in art. 51 lid 3 Fw bedoelde vordering op de boedel

Een ander aspect dat verband houdt met de objectief relatieve werking van de vernietiging is de rang van de in art. 51 lid 3 Fw bedoelde vordering op de boedel. Is dit een *concurrente* boedelvordering, dan leidt strikte toepassing van art. 51 lid 1 en lid 3 Fw er onder omstandigheden toe dat de schuldeisers door vernietiging in een betere positie verkeren dan zonder de aangevochten rechtshandeling het geval zou zijn geweest.¹¹⁸ In het bijzonder moet daarbij worden gedacht aan situaties waarin sprake is van een negatieve boedel. Het is dan niet uitgesloten dat de wederpartij de van de schuldenaar ontvangen prestatie *volledig* aan de boedel restitueert (art. 51 lid 1 Fw), terwijl de curator de tegenprestatie – 'voor zover de boedel erdoor is gebaat' – slechts *gedeeltelijk* aan hem terug kan geven (art. 51 lid 3 Fw).¹¹⁹ De wederpartij van de schuldenaar doet er dan ook verstandig aan om – indien mogelijk – zijn schuld aan de boedel te verrekenen met zijn vordering op de boedel, dan wel zich met betrekking tot deze schuld op een opschortingsrecht te beroepen, zolang de curator de op de boedel rustende verplichting niet nakomt.¹²⁰ Om binnen het systeem van art. 51 lid 1 en lid 3 Fw zoveel mogelijk te bereiken dat de vernietiging per saldo niet verder werkt dan nodig is om het nadeel op te heffen, zou de vordering op de boedel van art. 51 lid 3 Fw als superpreferent moeten worden aangemerkt. Opgemerkt zij echter dat deze oplossing niet goed aansluit bij de jurisprudentie van de Hoge Raad over de rang van boedelvorderingen uit onverschuldigde betaling.¹²¹

117 Vgl. Hof Arnhem 5 december 2000, JOR 2001/99.

118 Zie hierover ook Van der Weijden 2009, p. 138.

119 Het is maar de vraag of dit risico bij een 'echte' objectief relatieve werking niet bestaat. Anders dan het geval is bij verhaal door een individuele schuldeiser na een beroep op de actio Pauliana van art. 3:45 BW, zal de verdeling van de executieopbrengst na een beroep op de faillissementspauliana niet via de kwaliteitsrekening van de deurwaarder of de notaris lopen, maar via de boedel. De wederpartij loopt ook in dat geval het risico dat de boedel negatief is.

120 Zie ook Faber 2005, nr. 331.

121 Zie HR 5 september 1997, NJ 1998, 437, nt. PvS; JOR 1997/102, nt. De Liagre Böhl en NEDF (*Ontvanger/Hamm q.q.*); HR 7 juni 2002, NJ 2002, 608, nt. JBMV; JOR 2002/147,

5.3. Benadeling deels door een ander rechtsfeit veroorzaakt

In hoofdstuk 5 is uitgebreid ingegaan op het geval waarin de benadeling die de curator ongedaan wil maken niet het directe gevolg is van de aangevochten rechtshandeling zelf, maar van een *ander* rechtsfeit c.q. een *andere* rechtshandeling.¹²² Het simpelweg toepassen van de vereisten van art. 42 e.v. Fw kan in die situaties mijns inziens tot onrechtvaardige uitkomsten leiden. Mede aan de hand van een aantal arresten van de Hoge Raad is daarom onderzocht welke 'bijkomende omstandigheden' de vernietiging in een dergelijk geval zouden kunnen rechtvaardigen (ervan uitgaande dat aan alle overige vereisten is voldaan). De uitkomst van dit onderzoek is dat deze omstandigheden geen betrekking hebben op het *causaal verband* dat tussen de aangevochten rechtshandeling en de benadeling moet bestaan. Meer dan een *condicio sine qua non* verband is niet vereist. De omstandigheden die de vernietiging moeten rechtvaardigen zien veeleer op het *gedrag* van degene met of jegens wie de schuldenaar de aangevochten rechtshandeling heeft verricht.

Een tot op zekere hoogte vergelijkbare problematiek speelt wanneer de aangevochten rechtshandeling slechts een *gedeelte* van de benadeling zelf heeft veroorzaakt en het overige nadeel het gevolg is van een ander rechtsfeit. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de schuldenaar een goed ter waarde van 100 voor slechts 50 heeft verkocht en geleverd aan een derde en met de ontvangen koopsom een concurrente schuldeiser heeft betaald. Van het totale nadeel van 100 is slechts 50 het directe gevolg van de koopovereenkomst. De overige 50 is veroorzaakt door de betaling. Op grond van het bepaalde in art. 51 lid 3 Fw kan desalniettemin het volledige nadeel van 100 zonder meer ongedaan worden gemaakt door vernietiging van de koopovereenkomst.¹²³ De vraag kan worden gesteld of dit gerechtvaardigd is. Degenen die bij de in hoofdstuk 5 besproken problematiek menen dat een *condicio sine qua non* verband tussen de rechtshandeling en de benadeling onvoldoende is (en de 'bijkomende omstandigheden' dus zoeken in het *causaal verband*), zouden deze vraag ontkennend moeten beantwoorden. Voor het deel van de benadeling dat niet door de aangevochten rechtshandeling zelf is veroorzaakt is in die benadering van causaal verband immers niet zonder meer sprake. Degenen die bij de in hoofdstuk 5 besproken problematiek menen dat een *condicio sine qua non* verband tus-

nt. Boekraad (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*) en HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419, nt. PvS; JOR 2007/221, nt. Stenekker (*Van der Werff q.q./BLG*).

122 Zie § 3.2.4 van hoofdstuk 5.

123 Zie hierover kritisch De Weijs 2010, p. 362-365.

sen de rechtshandeling en de benadeling *wel* voldoende is (en de 'bijkomende omstandigheden' zoeken in het *gedrag* van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde), zullen de gestelde vraag bevestigend beantwoorden. Omdat de bij de aangevochten rechtshandeling betrokken persoon zich onoorbaar jegens de schuldeisers van de schuldenaar heeft gedragen,¹²⁴ is het gerechtvaardigd dat hij al het nadeel dat in een causaal verband tot zijn rechtshandeling staat aan de boedel moet vergoeden.

6. DERDENBESCHERMING

6.1. Inleiding

Als hoofdregel geldt dat de curator de rechtsgevolgen van een succesvol beroep op de faillissementspauliana tegen een *ieder* kan inroepen. Heeft hij de aan een overdracht door de schuldenaar ten grondslag liggende overeenkomst vernietigd, dan heeft dit dus ook gevolgen voor eventuele opvolgende verkrijgers van het overgedragen goed. Door de terugwerken-de kracht van de vernietiging en het causale stelsel van art. 3:84 BW hebben zij achteraf gezien van een beschikkingsonbevoegde verkregen.¹²⁵ Damsteegt-Molier vindt dit rechtsgevolg niet vanzelfsprekend. Zij merkt op dat de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder 'niet het gevolg [is] van een simpele toepassing van het causale stelsel'.¹²⁶ Dit houdt volgens haar verband met de subjectief relatieve werking die aan de vernietiging is verbonden:

"Weliswaar wordt door het beroep op de pauliana (door A) de rechtshandeling B-C vernietigd – en wel met terugwerkende kracht (artikel 3:53 BW) –, maar dit geldt slechts *ten opzichte van A* [cursivering: RJvdW]. De vernietiging heeft immers (slechts) relatieve werking, waardoor de zaak ten opzichte van A weliswaar wederom (onbezwaard, althans zonder het persoonlijke recht van C) tot het vermogen van B behoort, maar *ten opzichte van ieder ander* [cursivering: RJvdW] (waaronder X, aan wie door C de zaak is overgedragen, resp. aan wie een recht op de zaak is verleend) is dat in beginsel niet het geval. Gesteld zou kan ook kunnen worden, dat X met de vernietiging van de rechtshandeling B-C door A niets van doen heeft, dat C ten opzichte van X nog steeds eigenaar althans rechthebbende is en dat X dus van een beschikkingsonbevoegde heeft verkregen. Daarmee zou het voordeel van de vernietigingsactie (ten opzichte van bijvoorbeeld een schadevergoedingsactie van A jegens

124 Hij had immers wetenschap van benadeling, de rechtshandeling zou anders niet zijn vernietigd.

125 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 119. Zie ook A. van Hees 1998, p. 2-3 en Bakkerus 2000, p. 196. Zie voorts Rb. 's-Gravenhage 17 oktober 2001, JOR 2002/144, nt. A. van Hees.

126 Zie Damsteegt-Molier 2009, p. 101.

C), namelijk de goederenrechtelijke werking (waarover nader par. 5.3.1), maar een relatief voordeel zijn, omdat dit voordeel alleen zou werken in de verhouding tot A. Toch is dat niet het geval. Dit heeft te maken met het kennelijk (en logisch) aan art. 3:45 lid 5 BW ten grondslag liggende stilzwijgend uitgangspunt van de wetgever, dat, ook al is sprake van een relatieve werking van de vernietiging, A de (gevolgen van de) vernietiging *ten opzichte van een ieder* kan invoeren, zodat ook ten opzichte van een ieder de terugwerkende kracht van de vernietiging kan worden ingeroepen en van toepassing is. Dit uitgangspunt is naar mijn mening geen vanzelfsprekendheid. Sterker nog: uit het systeem van de relatieve werking van de vernietiging volgt, dat C ten opzichte van ieder ander dan A eigenaar is van de zaak, respectievelijk rechthebbende van een beperkt recht of persoonlijk recht op de zaak – en dus in beginsel over (het recht op) de zaak kan beschikken.¹²⁷

De uitleg die Damsteegt-Molier aan de subjectief relatieve werking van de vernietiging geeft is mijns inziens onjuist. Zij gaat ervan uit dat de vernietiging *enkel en alleen* voor A geldt, zonder rekening te houden met het feit dat vernietiging voor A pas zinvol kan zijn als hij de gevolgen daarvan ook jegens *anderen* – waaronder C en X – kan invoeren (en de vernietiging in dat opzicht dus ook voor hen geldt). Zij lijkt zich er niet van bewust te zijn dat een consistente toepassing van haar benadering – de vernietiging werkt 'slechts ten opzichte van A' en niet 'ten opzichte van ieder ander' – er niet alleen toe leidt dat A zich *ten opzichte van X* niet op de rechtsgevolgen van de vernietiging kan beroepen, maar dat hetzelfde geldt *ten opzichte van C*. De reden dat de vernietiging volgens Damsteegt-Molier niet ten opzichte van X zou werken is dat de zaak ten opzichte van 'ieder ander' dan A tot het vermogen van C behoort. Zij maakt niet duidelijk waarom X in haar optiek wel is begrepen onder 'ieder ander' dan A, maar C niet. Als het goed *alleen* vanuit A gezien tot het vermogen van B behoort, dan behoort het goed vanuit C gezien toch tot het vermogen van C (zolang hij het niet aan een derde heeft overgedragen)? Evenals voor X geldt, kan C zich in de benadering van Damsteegt-Molier op het standpunt stellen dat hij van iemand heeft verkregen die *ten opzichte van hem* beschikkingsbevoegd was.¹²⁸ Anders dan Damsteegt-Molier betoogt, staat de subjectief relatieve werking van de vernietiging er niet aan in de weg dat de rechtsgevolgen van de vernietiging *een ieder* kunnen raken. De relativisering brengt slechts mee dat de vernietiging alleen gevolgen heeft in de verhouding van de desbetreffende persoon tot degene die de rechtshandeling heeft vernietigd. In andere verhoudingen blijft de rechtshandeling in beginsel geldig.

127 Damsteegt-Molier 2009, p. 101-102.

128 De benadering van Damsteegt-Molier leidt dan ook tot de merkwaardige conclusie dat aan de vernietiging in beginsel geen goederenrechtelijke gevolgen zouden zijn verbonden.

Derden die te goeder trouw rechten op het terug te geven goed hebben verkregen, kunnen onder omstandigheden bescherming ontlenen aan art. 51 lid 2 Fw. Deze eigen bepaling van derdenbescherming binnen de regeling van de faillissementspauliana is een *lex specialis* van art. 3:86, 3:88, 3:238 en 3:239 lid 4 BW.¹²⁹ De bescherming die art. 51 lid 2 Fw biedt wijkt op bepaalde punten af van deze algemene regels met betrekking tot derdenbescherming (§ 6.2). Dit is onder meer het gevolg van het feit dat art. 51 lid 2 Fw een 'generieke' beschermingsbepaling is, waarbinnen niet relevant is wat voor een soort goed van de beschikkingsonbevoegde is verkregen. De vraag is wat het verschil in bescherming (thans nog) rechtvaardigt. Wat zijn de redenen voor de wetgever geweest om binnen de regeling van de faillissementspauliana een eigen regime van derdenbescherming op te nemen en deze te handhaven (§ 6.3)? Gaan de argumenten van de wetgever niet (meer) op en ontbreekt ook een andere rechtvaardiging, dan moet art. 51 lid 2 Fw worden geschrapt. De bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid die het gevolg is van een geslaagd beroep op art. 42 e.v. Fw kan dan worden overgelaten aan de in Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen beschermingsbepalingen.

6.2. Art. 51 lid 2 Fw

6.2.1. Eerste zin: bescherming van derden te goeder trouw die anders dan om niet hebben verkregen

Art. 51 lid 3 (oud) Fw bepaalde dat 'rechten op het terug te geven goed, door derden te goeder trouw verkregen, worden geëerbiedigd'.¹³⁰ Voor de actio Pauliana buiten faillissement gold hetzelfde op grond van art. 1377 lid 2 BW (oud). Met betrekking tot art. 1377 lid 2 BW (oud) was onduidelijk of naast derden te goeder trouw die *anders dan om niet* hadden verkregen ook bescherming werd geboden aan derden te goeder trouw die *om niet* hadden verkregen.¹³¹ Met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek kwam aan deze onduidelijkheid een einde. Derden te goeder trouw die anders dan om niet hebben verkregen worden sindsdien beschermd op grond van art. 51 lid 2, eerste zin, Fw en art. 3:45 lid 5, eerste zin, BW. Derden te goeder trouw die om niet hebben verkregen genieten – tot op

129 Vgl. Verschoof 1992, p. 78 en Faber 2005, nr. 335.

130 Zie Van der Feltz I, p. 456.

131 Zie met betrekking tot de actio Pauliana buiten faillissement Ankum 1962-II, p. 135-136 die verdedigde dat de bescherming van art. 1377 lid 2 BW (oud) alleen gold voor een verkrijging die 'onder bezwarende titel' had plaatsgevonden.

zekere hoogte – bescherming op grond van art. 51 lid 2, tweede zin, Fw en art. 3:45 lid 5, tweede zin, BW.¹³²

Op grond van art. 51 lid 2, eerste zin, Fw worden rechten die door derden te goeder trouw anders dan om niet op de terug te geven goederen zijn verkregen geëerbiedigd. Onduidelijk is of in deze bepaling onder 'rechten' alleen goederenrechtelijke rechten, of ook bepaalde persoonlijke rechten moeten worden begrepen. Hoewel een beantwoording in laatstbedoelde zin mijns inziens niet voor de hand ligt,¹³³ zou hiervoor kunnen pleiten dat in de parlementaire geschiedenis van art. 453a Rv – waarin de 'blokkerende werking' van een beslag op roerende zaken die geen registergoederen zijn is geregeld – wordt opgemerkt:

"Vooropgesteld moet worden dat het tweede lid [van art. 453a Rv: RJvdW] niet alleen verkrijgers van een zakelijk recht op de zaak beschermt, maar ook andere derden, zoals bij voorbeeld een huurder, evenals art. 3.2.11 lid 5 [thans art. 3:45 lid 5 BW: RJvdW] dit doet."¹³⁴

Mijns inziens mag aan deze opmerking niet veel gewicht worden toegekend. De eerste reden hiervoor is dat deze is gemaakt in het kader van een discussie die niet (rechtstreeks) betrekking had op de vraag of ook derden met een persoonlijk recht aan art. 3:45 lid 5 BW bescherming kunnen ontlenen.

Aanleiding van de discussie waarin bovenstaande uitlating werd gedaan, was dat met art. 453a lid 2 Rv werd afgeweken van de voorgestelde algemene regeling van derdenbescherming (zie art. 3.4.2.3a BW, thans art. 3:86 BW), waarin voor degene die zijn recht als gevolg van derdenbescherming verloren had toen nog een 'terugkooprecht' was opgenomen. Van een soortgelijke afwijking van de algemene regeling was volgens de wetgever sprake bij de actio Pauliana. Vanwege de onwenselijkheid van een terugkooprecht had deze eveneens een eigen regeling van derdenbescherming gekregen (art. 3.2.11 lid 5 BW).¹³⁵ De in art. 453a lid 2 Rv en art. 3.2.11 lid 5 BW geregelde gevallen zouden volgens de wetgever vergelijkbaar zijn, omdat het in beide gevallen gaat 'om een derde die wordt beschermd ten koste van de bevoegdheid van een schuldeiser zich op het goed te verhalen'. De vaste Commissie van Justitie merkte in het Voorlopig verslag echter op dat het volgens haar evengoed voor de hand ligt art. 453a lid 2 Rv bij art. 3.4.2.3a BW te laten aansluiten, omdat beide gevallen bescherming zouden bieden tegen beschikkingsonbevoegdheid. Zij wilde dan ook van de minister weten waarom de beslaglegger de bescherming van het terugkooprecht van art. 3.4.2.3a BW zou worden onthouden. Alvorens de minister in de Memorie van Antwoord expliciet op deze vraag ingaat, maakt hij de hierboven geciteerde

132 Zie hierover § 6.2.2 van dit hoofdstuk.

133 Anders kennelijk Verschoof 1992, p. 78; Van Koppen 1998-I, p. 283-284; Van Koppen 1998-II, p. 25 en Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 600.

134 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 119.

135 Zie hierover § 6.3.2 van dit hoofdstuk.

opmerking. Het lijkt alsof hij met het noemen van de – in zijn ogen bestaande – gelijkens tussen art. 453a lid 2 Rv en art. 3.2.11 lid 5 BW probeert aan te tonen dat art. 453a lid 2 Rv meer verwantschap vertoont met art. 3.2.11 lid 5 BW dan met art. 3.4.2.3a BW.¹³⁶ Hij vervolgt zijn uiteenzetting immers met de opmerking dat art. 3.4.2.3a BW – anders dan art. 3.2.11 lid 5 BW – slechts op een *deel* van de bij een in weerwil van beslag verrichte handeling te beschermen derden van toepassing is.¹³⁷ Daarnaast probeert hij het door de commissie gegeven argument voor aansluiting van art. 453a lid 2 Rv bij art. 3.4.2.3a BW te ontcrachten, door in twijfel te trekken of art. 453a Rv wel – net als art. 3.4.2.3a BW – ziet op gevallen van beschikkingsonbevoegdheid.

Daarnaast kan in de wetsgeschiedenis van art. 3:45 lid 5 BW, noch in die van art. 51 lid 2 Fw, iets gevonden worden dat wijst op bescherming van derden die slechts een *persoonlijk* recht hebben verkregen. Zoals in het vervolg van dit hoofdstuk nog wordt besproken,¹³⁸ volgt uit de wetsgeschiedenis van art. 3:45 BW juist dat lid 5 aanvankelijk niet zou worden opgenomen, omdat de algemene regels van derdenbescherming praktisch tot hetzelfde resultaat zouden leiden. Deze regels bieden slechts bescherming aan derden met een *goederenrechtelijk* recht. Dat de regeling van de actio Pauliana en de faillissementspauliana hun eigen regeling van derdenbescherming hebben behouden, komt niet voort uit een wens van de wetgever om ook derden met een persoonlijk recht te beschermen, of aan te sluiten bij de bescherming van art. 453a lid 2 Rv.¹³⁹ Aansluiting bij art. 453a lid 2 Rv zou mijns inziens ook niet voor de hand hebben gelegen, omdat deze bepaling – anders dan art. 3:45 lid 5 BW en art. 51 lid 2 Fw – niet beschermt tegen *beschikkingsonbevoegdheid*.¹⁴⁰

Het voorgaande laat onverlet dat het gerechtvaardigd is om de vraag te stellen of de bepalingen die de verkrijger van een goederenrechtelijk recht beschermen tegen beschikkingsonbevoegdheid, niet ook bescherming zouden moeten bieden aan verkrijgers van bepaalde persoonlijke rechten. In het bijzonder kan daarbij gedacht worden aan persoonlijke rechten waarvan een met 'zaaksgevolg' vergelijkbaar effect is verbonden zoals huur en pacht. Het valt echter buiten het bereik van dit onderzoek om uitvoerig op deze vraag in te gaan. Ik beperk mij tot de opmerking dat het in ieder geval onjuist is dat de huurder of pachter van een op paulianeuze wijze verkregen zaak na vernietiging geen behoefte zou hebben aan een beroep op

136 Om uiteindelijk te rechtvaardigen dat met betrekking tot het terugkooprecht niet bij art. 3.4.2.3a BW is aangesloten.

137 Te weten de derden die een *goederenrechtelijk* recht hebben verkregen.

138 Zie § 6.3.2 van dit hoofdstuk.

139 Zie § 6.3 van dit hoofdstuk.

140 Zie HR 20 februari 2009, NJ 2009, 376, nt. A.I.M. van Mierlo; JOR 2009/120, nt. Rijkensberg (*Ontvanger/De Jong q.q.*).

art. 3:45 lid 5 BW of art. 51 lid 2 Fw, omdat art. 7:226 lid 2 jo. lid 1 BW respectievelijk art. 7:361 lid 2 jo. lid 1 BW reeds bescherming biedt.¹⁴¹ Heeft de curator bijvoorbeeld de aan een overdracht ten grondslag liggende koopovereenkomst vernietigd, dan kan hij de zaak revindiceren zonder daarbij gebonden te zijn aan de huur- of pachtovereenkomst die de koper met een derde heeft gesloten. De curator, noch de schuldenaar is na de vernietiging derhalve als 'verhuurder' of 'verpachter' als in art. 7:226 (lid 2 jo.) lid 1 BW respectievelijk art. 7:361 (lid 2 jo.) lid 1 BW aan te merken. Wordt de zaak vervolgens in het kader van de afwikkeling van het faillissement door de curator overgedragen, dan kan de huurder of pachter zijn rechten niet op grond van laatstgenoemde bepalingen invoeren tegen de verkrijger van de zaak.¹⁴²

De vraag of de derde te goeder trouw is in de zin van art. 51 lid 2 Fw moet worden beantwoord naar het moment van de beoogde verkrijging. De derde is te goeder trouw als hij het aan de aangevochten rechtshandeling klevende gebrek op dat ogenblik niet kende of behoorde te kennen (vgl. art. 3:11 BW).¹⁴³ Het ontbreken van goede trouw kan in dit verband dus niet worden gelijkgesteld met het hebben van wetenschap van benadeling.¹⁴⁴ De positie van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde is mijns inziens een andere dan die van de derde die buiten de aangevochten rechtshandeling staat. De bescherming van art. 51 lid 2 Fw geldt zowel voor rechten van derden die vóór als tijdens het faillissement van de schuldenaar zijn verkregen.¹⁴⁵ Vernietigt de curator een rechtshandeling met betrekking tot een registergoed, dan doet hij er om die reden verstandig aan dit in de openbare registers in te schrijven.¹⁴⁶ Verkrijgt de derde een recht nadat inschrijving heeft plaatsgevonden, dan is hij rehtens niet te goeder trouw (art. 3:11 jo. 3:23 BW).

Art. 51 lid 2, eerste zin, Fw biedt zowel een ruimere als een beperktere bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid dan art. 3:86, 3:88 en 3:238 BW. Voor de bescherming van art. 3:88 BW geldt bijvoorbeeld niet dat de verkrijging anders dan om niet moet hebben plaatsgevonden. Hierdoor

141 Anders Damsteegt-Molier 2008, p. 520.

142 Vgl. HR 5 maart 2004, NJ 2004, 316, nt. PAS; JOR 2004/186 (*Vagobell/Geldnet*).

143 Zie Faber 2005, nr. 335; Faber 2008, p. 189 en Wessels 2010, nr. 3259.

144 Anders Ankum 1962-II, p. 135-136 en Verschoof 1992, p. 77.

145 Zie HR 27 april 1984, NJ 1984, 680, nt. G (*Claassen q.q./Van Elderen*).

146 Zie Wessels 2010, nr. 3260. Een buitengerechtelijke vernietigingsverklaring is inschrijfbaar op grond van art. 3:17, aanhef en onder a BW. Vernietigt de curator de aangevochten rechtshandeling in rechte dan is inschrijving mogelijk op grond van art. 3:17, aanhef en onder f BW.

wordt een derde te goeder trouw die door middel van een openbare cessie *om niet* een vordering heeft verkregen, minder goed beschermd door art. 51 lid 2 Fw, dan door art. 3:88 BW.¹⁴⁷ Voor derden te goeder trouw die op een door de schuldenaar overgedragen zaak of vordering een *stil* pandrecht hebben verkregen, geldt daarentegen dat art. 51 lid 2 Fw een ruimere bescherming geeft. Door art. 3:238 lid 1 en art. 3:239 lid 4 jo. 3:88 BW zouden zij immers niet zijn beschermd. Deze bepalingen bieden slechts bescherming aan pandhouders die te goeder trouw zijn op het tijdstip waarop de zaak *in hun macht* of *in de macht van een derde* is gebracht, respectievelijk het tijdstip waarop van de verpanding van de vordering *mededeling* is gedaan. Hetzelfde geldt voor een derde te goeder trouw die krachtens een *stille* cessie anders dan *om niet* een vordering heeft verkregen. Anders dan op grond van art. 3:94 lid 3 jo. 3:88 BW geldt, is voor een succesvol beroep op art. 51 lid 2 Fw niet vereist dat van de cessie mededeling is gedaan. De vraag rijst of de bescherming die art. 51 lid 2 Fw geeft aan derden te goeder trouw die anders dan *om niet* een 'stil' recht hebben verkregen, ook geldt voor verkrijgers van een roerende zaak die na de levering in handen van de vervreemder is gebleven. Onduidelijk is of art. 51 lid 2 Fw in dat geval niet alleen aan art. 3:86 BW derogeert, maar ook aan art. 3:90 lid 2 BW. Laatstgenoemd artikellid is strikt bezien geen bepaling van derdenbescherming. Gelet op de samenhang tussen art. 3:90 lid 2 en art. 3:86 BW zou ik een derogerende werking toch willen aannemen.

De bescherming die art. 51 lid 2 Fw biedt wanneer de curator een rechtshandeling met betrekking tot een registergoed heeft vernietigd, maar dit *niet* in de openbare registers heeft ingeschreven, is beperkter dan die van art. 3:24 lid 1 BW. Op grond van laatstgenoemde bepaling kan de vernietiging (en de beschikkingsonbevoegdheid die daarvan het gevolg is) slechts aan de derde worden tegengeworpen als hij *wist* van de vernietiging. Van goede trouw in de zin van art. 51 lid 2 Fw jo. 3:11 BW is daarentegen al geen sprake meer als hij van de vernietiging *behoorde* te weten.

6.2.2. *Tweede zin: bescherming van derden te goeder trouw die om niet hebben verkregen*

Bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek is aan art. 51 lid 2 Fw een tweede zin toegevoegd, waarin is bepaald dat tegen een derde te goeder trouw die *om niet* heeft verkregen, geen terugvordering plaatsvindt voor zover 'hij aantoon[t] dat hij ten tijde van de faillietverklaring niet ten

147 Waar art. 3:88 BW in dat geval *volledige* bescherming geeft, wordt de cessionaris op grond van de tweede zin van art. 51 lid 2 Fw slechts *gedeeltelijk* beschermd.

gevolge van de rechtshandeling gebaat was'. Art. 51 lid 2 Fw is hiermee aangepast aan art. 3:45 lid 5 BW, waaraan een vergelijkbare regel was toegevoegd.¹⁴⁸ Het oude recht kende nog geen bepaling op grond waarvan *derden* die om niet hadden verkregen konden worden beschermd.¹⁴⁹ Zij moesten het ontvangene steeds aan de curator afgeven. Art. 46 (oud) Fw beschermde onder omstandigheden slechts verkrijgers om niet die *rechtstreeks* van de schuldenaar hadden verkregen.¹⁵⁰ Waren zij niet op de hoogte van de vermogenstoestand van de schuldenaar, dan hoefden zij het ontvangene niet terug te geven voor zover zij hierdoor ten tijde van de faillietverklaring niet waren gebaat.¹⁵¹ Dit verschil in bescherming tussen rechtstreekse en opvolgende verkrijgers om niet is in de huidige regeling komen te vervallen.¹⁵² Art. 51 lid 2 Fw, biedt daarmee een ruimere bescherming dan art. 3:86 BW, waarin de verkrijger die *om niet* heeft verkregen nimmer bescherming geniet.

De zinsnede 'ten tijde van de faillietverklaring' in art. 51 lid 2 Fw wekt ten onrechte de indruk dat deze bepaling slechts bescherming biedt aan derden die *vóór* de faillietverklaring een recht op het terug te geven goed hebben verkregen. Zoals hiervoor al aangegeven is van een dergelijke beperking geen sprake. Deze woorden zijn door een misverstand in het ontwerp van art. 51 lid 2 Fw terechtgekomen,¹⁵³ dat luidde:

"Rechten, door derden te goeder trouw *vóór de faillietverklaring* [cursivering: R]vdW] anders dan om niet op de terug te geven goederen verkregen, worden geëerbiedigd. Tegen een derde te goeder trouw die om niet heeft verkregen, heeft geen terugvordering plaats voor zover hij aantoont dat hij *ten tijde van de faillietverklaring* [cursivering: R]vdW] niet ten gevolge van de rechtshandeling gebaat was."¹⁵⁴

In afwijking van hetgeen indertijd op grond van art. 51 lid 3 (oud) Fw gold, zou de derde op grond van dit ontwerp slechts kunnen worden beschermd als hij zijn rechten *vóór* de faillietverklaring zou hebben verkre-

148 Zie *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 593, nr. 3, p. 145.

149 Vgl. art. 51 lid 3 (oud) Fw en art. 1377 lid 2 BW (oud).

150 Zie thans art. 42 lid 3 Fw en 3:45 lid 3 BW.

151 Zie Van der Feltz I, p. 445.

152 Zie art. 3:45 lid 3 en lid 5, tweede zin, BW en art. 42 lid 3 en 51 lid 2, tweede zin, Fw. Zie hierover Parl. Gesch. Boek 3, p. 219. Zie over de vraag of deze gelijktrekking ook terecht is § 6.3.3 van dit hoofdstuk.

153 Zie ook Verschoof 1992, p. 78 en Faber 2005, nr. 335.

154 *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 593, nr. 1-2, p. 53.

gen.¹⁵⁵ Deze wijziging ten opzichte van het oude recht was niet beoogd.¹⁵⁶ De wetgever heeft het misverstand erkend,¹⁵⁷ maar slechts de woorden 'vóór de faillietverklaring' uit de definitieve tekst geschrapt.¹⁵⁸ Hij is vergeten de woorden 'ten tijde van de faillietverklaring' uit de tweede zin van art. 51 lid 2 Fw te wijzigen. Onduidelijk is daarom naar welk moment moet worden bepaald of de derde die te goeder trouw om niet heeft verkregen door de rechtshandeling is gebaat. Evenals voor art. 3:45 lid 5 BW geldt, zou mijns inziens aangeknoopt moeten worden bij 'het ogenblik dat het goed van hem wordt opgeëist'. Ook Faber heeft dit in zijn dissertatie verdedigd.¹⁵⁹ In een latere publicatie geeft hij echter de voorkeur aan het moment waarop de derde 'bekend is geworden of behoorde te zijn met het faillissement van de schuldenaar'.¹⁶⁰ Dit moment zou volgens hem ook doorslaggevend moeten zijn bij de vraag of degene met of jegens wie de schuldenaar een rechtshandeling om niet heeft verricht, is gebaat in de zin van art. 42 lid 3 Fw.¹⁶¹ Faber verliest hier uit het oog dat de positie van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde (art. 42 lid 3 Fw) verschilt van die van de opvolgende verkrijger (art. 51 lid 2 Fw). De eerste is partij bij de aangevochten rechtshandeling. Vanaf het moment dat hij bekend is met het faillissement van de schuldenaar moet hij er rekening mee houden dat hij (een deel van) de om niet verkregen prestatie aan de boedel moet restitueren. Het 'verlies' van de bate zou vanaf dat moment voor zijn rekening moeten komen. Dit geldt niet voor opvolgende verkrijgers. Zij zijn geen partij bij de aangevochten rechtshandeling en zullen dan ook in veel gevallen niet weten dat het goed uiteindelijk afkomstig is van de schuldenaar. De bekendheid met het faillissement van de schuldenaar leidt er in beginsel dan ook niet toe dat zij rekening moeten houden met afgifte. Dit geldt pas vanaf het moment dat het goed door de curator van hen wordt opgeëist.

155 Zie A-G Ten Kate, conclusie voor HR 27 april 1984, NJ 1984, 680, nt. G (*Claassen q.q./Van Elderen*), onder 14.

156 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 399. Het nieuwe art. 51 lid 2 Fw is aangepast aan het in te voeren art. 3:45 lid 5 BW, maar zou voor het overige de materie van het toen nog geldende art. 51 lid 3 (oud) Fw moeten bevatten. Deze laatste bepaling bood bescherming aan zowel derden die vóór als die tijdens het faillissement rechten op het terug te geven goed hadden verkregen, zie HR 27 april 1984, NJ 1984, 680, nt. G (*Claassen q.q./Van Elderen*).

157 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 400.

158 Zie Kamerstukken I, 1984-1985, 16 593, nr. 141a, p. 31.

159 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 219. Zie ook Verschoof 1992, p. 78 en Faber 2005, nr. 335.

160 Zie Faber 2008, p. 190.

161 Zie Faber 2008, p. 173.

6.3. Waarom heeft de faillissementspauliana een eigen regeling van derdenbescherming?

6.3.1. *Art. 2014 BW (oud) bood geen bescherming aan de verkrijger van een (beperkt) recht op een registergoed*

Waarom heeft de wetgever bij de invoering van de huidige regeling van de faillissementspauliana een eigen bepaling van derdenbescherming daarin opgenomen? Het antwoord op deze vraag kan worden gevonden in de parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet:

"Nochtans heeft de praktijk de behoefte aan regeling van dit punt voldoende aange-
toond, immers toepassing van algemeene rechtsbeginselen heeft tot voor het verkeer
allernoodlottigste beslissingen geleid. Ten bewijze daarvan strekt het arrest van den
Hoogen Raad van 28 Maart 1884 (W. n°. 5019), bevestigende het arrest van het Hof
te Leeuwarden van 20 december 1882 (W. n°. 4862), waarbij geoordeeld werd dat
toewijzing van de Pauliana ten gevolge heeft, dat het in fraudem creditorum ver-
kochte onroerend goed vrij en onbezwaard tot den boedel terugkeert, zoodat de
daarop inmiddels door den kooper verleende hypotheek vervallen; en zulks onver-
schillig of de hypotheekhouder al of niet te goeder trouw is."¹⁶²

De 'algemeene rechtsbeginselen' die de wetgever in bovenstaande passage noemt beschermden slechts de verkrijgers van een roerende zaak niet-registergoed (zie art. 2014 BW (oud)). Het Burgerlijk Wetboek van 1838 bevatte geen bepaling die bescherming bood aan hen die van een beschik-
kingsonbevoegde een recht op een registergoed hadden verkregen. Met de
invoering van art. 51 lid 3 (oud) Fw wilde de wetgever deze leemte vullen
om zodoende tegemoet te komen aan de wensen van het rechtsverkeer.
Gelijktijdig met de invoering van art. 51 lid 3 (oud) Fw heeft hij in art. 1377
lid 2 BW (oud) een vergelijkbare regeling opgenomen voor de actio Paulia-
na buiten faillissement.¹⁶³

De vraag rijst of aan een eigen regeling van derdenbescherming binnen de
faillissementspauliana thans nog behoefte bestaat. De bescherming van de
verkrijger van een recht op een registergoed is in het huidige Burgerlijk
Wetboek immers wel geregeld, zie art. (3:98 jo.) 3:88 BW. De wetgever
heeft bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek art. 1377 lid 2
BW (oud) en art. 51 lid 3 (oud) Fw echter niet geschrapt, maar in gewijzig-
de vorm overgenomen, zie art. 51 lid 2 Fw en 3:45 lid 5 BW. Op de motie-
ven hiervoor wordt in § 6.3.2 en § 6.3.3 ingegaan.

162 Van der Feltz I, p. 457.

163 Zie Van der Feltz I, p. 516. Zie hierover Ankum 1962-II, p. 135.

6.3.2. Het terugkooprecht in het voorgestelde art. 3.4.2.3a BW

In het ontwerp van het huidige art. 3:45 BW was de regeling van derdenbescherming uit art. 1377 lid 2 BW (oud) aanvankelijk niet overgenomen:

"Artikel 1377 2e lid kon worden weggelaten, daar artikel 3.4.2.3 lid 2 hetzelfde reeds meer in het algemeen bepaalt."¹⁶⁴

Deze twee door de wetgever genoemde bepalingen waren echter niet identiek. Anders dan bij de bescherming van art. 1377 lid 2 BW (oud) gold, kon de derde die op grond van art. 3.4.2.3 lid 2 BW werd beschermd onder omstandigheden worden gedwongen het goed aan de gedeposedeerde af te staan. Art. 3.4.2.3 lid 5 BW kende een zogeheten 'terugkooprecht', op grond waarvan het goed aan de gedeposedeerde moest worden teruggegeven als hij de schade die de beschermde derde daardoor leed zou vergoeden.¹⁶⁵ Omdat de *schade* van de derde volledig werd vergoed, leidde dit onderscheid praktisch gezien niet tot een groot verschil in bescherming.

In een gewijzigd ontwerp van art. 3.4.2.3 BW is vervolgens onder meer de terugkoopregeling van lid 5 aangepast. Op grond van art. 3.4.2.3a lid 2 jo. lid 3 BW zou nu gaan gelden dat de beschermde derde reeds tot overdracht aan de gedeposedeerde verplicht kon worden tegen vergoeding van of zekerheidstelling voor de *waarde* van de door hem tegenover zijn verkrijging verrichte of verschuldigde *tegenprestatie*. Anders dan onder het oorspronkelijke ontwerp op grond van art. 3.4.2.3 lid 5 BW nog gold zou zijn schade dus niet meer volledig worden vergoed.¹⁶⁶ Voor de wetgever was dit een reden om voor de actio Pauliana een eigen regeling van derdenbescherming op te nemen:

"In de toelichting van Meijers (a) wordt opgemerkt dat deze laatste bepaling [art. 1377 lid 2 BW (oud): RJvdW] kon worden weggelaten in verband met artikel 3.4.2.3 lid 2 van het ontwerp-Meijers, welk lid in het onderhavige geval de derde die anders dan om niet te goeder trouw had verkregen, praktisch een gelijke bescherming gaf. Deze derde kon immers ingevolge het vijfde lid van dat artikel ten hoogste tot overdracht verplicht worden tegen *volledige* [cursivering: RJvdW] vergoeding van de schade die hij door teruggave zou lijden. In artikel 3.4.2.3a van het gewijzigd ontwerp, welk artikel tezamen met artikel 3.4.2.3b in het regeringsontwerp in de plaats

164 Parl. Gesch. Boek 3, p. 215.

165 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 321.

166 Dit verschil gold alleen voor de derde die *anders dan om niet* had verkregen. De derde die *om niet* heeft verkregen zou op grond van art. 3.4.2.3 lid 2 BW überhaupt niet worden beschermd. Art. 3.4.2.3a lid 1 bood de derde die om niet had verkregen weliswaar wel bescherming, maar hij moest het goed zonder schadeloosstelling weer afstaan aan de gedeposedeerde, zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 333.

van genoemd artikel 3.4.2.3 is gekomen, is deze situatie evenwel gewijzigd. Men zie het nieuwe lid 3 van artikel 3.4.2.3a (b). Daarom is het gewenst voorgekomen buiten twijfel te stellen dat de bevoegdheid overdracht te verlangen, die de gedeposseerde ingevolge artikelen 3.4.2.3a en 3b jegens elke verkrijger te goeder trouw (rechthebbende) heeft, niet tegen de derde te goeder trouw kan worden uitgeoefend door de schuldeiser die erin slaagde met de pauliana de overdracht door de schuldenaar aan degenen van wie de derde verkreeg, aan te tasten.¹⁶⁷

Uiteindelijk is het terugkooprecht nooit in art. 3:86 en 3:88 BW terechtgekomen. De wens om bepalingen waarvan een toevloed van procedures te verwachten was zoveel mogelijk te beperken, heeft hierbij een belangrijke rol gespeeld.¹⁶⁸

6.3.3. Een gelijke 'bescherming' voor rechtstreekse verkrijgers en opvolgende verkrijgers?

Een tweede mogelijke reden waarom art. 51 lid 3 (oud) Fw en art. 1377 lid 2 BW (oud) bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek niet zijn geschrapt, maar in gewijzigde vorm zijn overgenomen, is de wens van de wetgever om opvolgende verkrijgers op dezelfde manier te (blijven) beschermen als degenen die rechtstreeks van de schuldenaar hebben verkregen:

"De verkrijging te goeder trouw door degene die rechtstreeks van de schuldenaar heeft verkregen, is slechts aantastbaar, wanneer zij om niet heeft plaats gevonden. Er is geen reden om anders te oordelen ten aanzien van degene die op zijn beurt van de wederpartij van de schuldenaar verkreeg."¹⁶⁹

Degene die rechtstreeks van de schuldenaar heeft verkregen en geen wetschap van benadeling had kan slechts met een succesvol beroep op de faillissementspauliana geconfronteerd worden als de aangevochten rechtshandeling om niet heeft plaatsgevonden. Een rechtshandeling die anders dan om niet is verricht komt in een dergelijk geval niet voor vernietiging in aanmerking. Ook een opvolgende verkrijger die te goeder trouw is verdient daarom bescherming als hij anders dan om niet heeft verkregen, aldus de wetgever.¹⁷⁰ Voor het oude recht volgde dit uit art. 51 lid 3 (oud)

167 Parl. Gesch. Boek 3, p. 218.

168 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1208 e.v.

169 Parl. Gesch. Boek 3, p. 218.

170 Zie ook Ankum 1962-II, p. 135-136.

Fw, respectievelijk art. 1377 lid 2 BW (oud).¹⁷¹ Zie thans art. 51 lid 2, eerste zin, Fw respectievelijk art. 3:45 lid 5, eerste zin, BW.

Een vernieuwing ten opzichte van het oude recht is dat opvolgende verkrijgers te goeder trouw die om niet hebben verkregen op dezelfde wijze worden beschermd als degenen die onder vergelijkbare omstandigheden – om niet en zonder wetenschap van benadeling – rechtstreeks van de schuldenaar hebben verkregen:

"Aan het nieuwe lid [art. 3:2.11 lid 5 BW, thans art. 3:45 lid 5 BW: RJvdW] is voorts een tweede zin toegevoegd waarin voor de derde die om niet verkreeg een soortgelijke regel is opgenomen als die welke in lid 3 is vervat voor het geval iemand rechtstreeks met de schuldenaar een handeling om niet verricht. Ook in dit opzicht is er geen reden tussen beide gevallen een verschil te maken."¹⁷²

Voor beiden geldt thans dat de rechtsgevolgen van de vernietiging niet tegen hen kunnen worden ingeroepen voor zover zij ten tijde van de faillietverklaring niet door de rechtshandeling zijn gebaat, aldus art. 42 lid 3 en 51 lid 2, tweede zin, Fw.¹⁷³ Voor de actio Pauliana buiten faillissement geldt hetzelfde, met dien verstande dat doorslaggevend is het moment van de verklaring of het instellen van de vordering tot vernietiging, respectievelijk het moment dat het goed wordt opgeëist, zie art. 3:45 lid 3 en lid 5, tweede zin, BW.

De vraag die zich opdringt is waarom de wetgever de bescherming van rechtstreekse verkrijgers heeft willen laten aansluiten bij die van opvolgende verkrijgers.¹⁷⁴ Uit de parlementaire geschiedenis volgt slechts dat hij 'geen reden' ziet om de een anders te behandelen dan de ander. Kennelijk is hij van oordeel dat beiden zich in dit verband in een vergelijkbare positie bevinden. Deze gedachte is mijns inziens een overblijfsel uit een tijd waarin niet alleen de opvolgende verkrijger, maar ook degene die rechtstreeks van de schuldenaar had verkregen als een 'derde' werd beschouwd die zich buiten de verhouding bevond waarin het paulianeuze karakter van een rechtshandeling werd vastgesteld, te weten de verhouding tussen de *schuldenaar* en zijn schuldeisers. Dat voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana onder omstandigheden ook degene met of jegens

171 Aangenomen werd dat deze bepalingen slechts bescherming boden aan derden te goeder trouw die 'onder bezwarende titel' hadden verkregen, zie Ankum 1962-II, p. 135-136.

172 Parl. Gesch. Boek 3, p. 219.

173 Zie kritisch over het moment waarop moet worden vastgesteld of de opvolgende verkrijger als gevolg van de rechtshandeling is gebaat § 6.2.2 van dit hoofdstuk.

174 Ook Faber 2008, p. 190 lijkt hiervan een voorstander te zijn.

wie de schuldenaar had gehandeld – de rechtstreekse verkrijger – een verwijt moest kunnen worden gemaakt, was slechts om de rechtsgevolgen van de vernietiging ten opzichte van hem te kunnen rechtvaardigen. Type-rend voor deze benadering is dat dit verwijt niet moest bestaan in het hebben van een 'autonome' wetenschap van benadeling. Het moest gaan om wetenschap van het 'gebrek' dat aan de rechtshandeling kleefde: het feit dat de *schuldenaar* wist dat hij zijn schuldeisers benadeelde:

"Vandaar dat de Pauliana steeds gericht is tegen den derde, die de vermogensbestanddeelen van den schuldenaar heeft ontvangen, maar dan ook alleen tegen den schuldigen derde, die tijdens zijne verwerving bekend was met het *gebrek* [cursivering: RJvdW], dat der vervreemding aankleefde, bekend was met het feit dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeischers *moedwillig* [cursivering: RJvdW] benadeelde."¹⁷⁵

En:

"Degene, met wien of te wiens behoefte de schuldenaar handelde, moet de *wetenschap bezitten* dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeischers *desbewust* [cursivering: RJvdW] benadeelt. (...) Immers de rechtsgrond der verbintenis des derden, om het door hem verkregene aan de schuldeischers terug te geven, is geen andere dan zijne medewerking aan eene handeling, of liever zijne verkrijgen krachtens eene handeling, waarvan hem het ten opzichte dier schuldeischers ongeoorloofde karakter bekend was."¹⁷⁶

In deze benadering komt de wetenschap van benadeling van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde in feite neer op wat thans als het ontbreken van goede trouw in de zin van art. 3:11 BW wordt verstaan en is het huidige art. 42 lid 2 Fw een bepaling van 'derdenbescherming'.¹⁷⁷ Dat de wetgever eind 19^e eeuw het paulianeuze karakter van een rechtshandeling vaststelde in de verhouding tussen de *schuldenaar* en zijn schuldeisers kan mogelijk worden verklaard aan de hand van de stand van het vermogensrecht in die tijd. De gedachte dat partijen bij het verrichten van rechtshandelingen ook rekening moesten houden met de belangen van *derden* – anders dan de schuldenaar staat *degene met of jegens wie hij handelde* niet in een rechtsverhouding tot de schuldeisers – had nog veel terrein te winnen.¹⁷⁸ Naar geldend recht is een dergelijke benadering mijns inziens niet houdbaar. Zoals op andere plaatsen in dit onderzoek al is betoogd, dwingt de belangenafweging die binnen het leerstuk van de faillissementspauliana moet worden gemaakt ertoe dat het 'gebrek' – het paulianeuze karak-

175 Van der Feltz I, p. 433.

176 Van der Feltz I, p. 441.

177 Zie ook § 5.2 van hoofdstuk 2, § 3.2.1 van hoofdstuk 5 en § 2 van hoofdstuk 7.

178 Vgl. Van Dijk 2006, p. 6, 58 en 64 e.v. met verdere bronverwijzingen.

ter – van een rechtshandeling wordt vastgesteld in de verhouding tussen de schuldeisers en degene met of jegens wie de schuldenaar handelde. De vraag hoe dit gebrek doorwerkt ten aanzien van *derden* – waaronder opvolgende verkrijgers – is een vraag van een andere orde.

6.3.4. Voorontwerp Insolventiewet

In het Voorontwerp Insolventiewet is de tweede zin van art. 51 lid 2 Fw geschrapt. Art. 3.2.7 Voorontwerp bepaalt 'slechts':

"Rechten, door derden te goeder trouw anders dan om niet op terug te geven goederen verkregen, worden geëerbiedigd."

De bescherming die de derde op grond van art. 3.2.7 Voorontwerp zou hebben gekregen is daarmee gelijk aan de bescherming die hij tot 1992 op grond van art. 51 lid 3 (oud) Fw genoot. Uit de toelichting op art. 3.2.7 Voorontwerp volgt dat de Commissie insolventierecht van oordeel is dat de tweede zin van art. 51 lid 2 Fw indertijd ten onrechte is opgenomen:

"Zij lijkt een gevolg te zijn van een miskennis in 1992, toen de huidige regeling in verband met de invoering van het nieuwe vermogensrecht tot stand kwam, van het verschil tussen de positie van enerzijds de bevoordeelde om niet die wederpartij van de schuldenaar is, en anderzijds de derde-verkrijger aan wie de bevoordeelde het goed om niet had vervreemd. Het lijkt erop dat op onjuiste gronden een gelijkstelling heeft plaatsgevonden van de positie van de bevoordeelde om niet (artikel 3:45 lid 3 BW; vgl. artikel 42 lid 3 Fw) en de derde-verkrijger om niet aan wie de bevoordeelde het goed had vervreemd (artikel 3:45 lid 5 BW en artikel 51 lid 3 Fw).¹⁷⁹ Dit kan te maken hebben gehad met de talloze veranderingen die zich vóór 1992 met betrekking tot de (latere) artikelen 3:86 tot en met 3:88 BW hebben voorgedaan. (...) Voor de derde-verkrijger om niet kan een regeling als in de tweede zin van artikel 51 lid 2 Fw beter achterwege blijven. Als de derde-verkrijger om niet reeds bescherming heeft op grond van artikel 3:88 BW, hoeft de Insolventiewet geen regeling meer te bieden. En als het gaat om een goed waarop artikel 3:86 BW van toepassing is, bestaat geen behoefte aan een van het Burgerlijk Wetboek afwijkende regeling naargelang de derde-verkrijger al dan niet gebaat is. (...) Niet valt in te zien waarom de derde-verkrijger om niet hier een andere (onder omstandigheden betere) positie ten opzichte van de oorspronkelijk rechthebbende zou moeten hebben dan bij andere

179 De verwijzing naar art. 51 lid 3 Fw is onjuist. Bedoeld zal zijn art. 51 lid 2 Fw. In de laatste twee zinnen wordt bovendien ten onrechte de indruk gewekt dat de bescherming van art. 51 lid 2, tweede zin, Fw slechts gelijk is aan die van art. 42 lid 3 Fw indien de opvolgende verkrijger het goed van een 'bevoordeelde' heeft verkregen. Dit is niet het geval. De mate waarin een opvolgende verkrijger op grond van art. 51 lid 2, tweede zin, Fw wordt beschermd is niet afhankelijk van de vraag of degene wie het goed van de schuldenaar heeft verkregen hierdoor is bevoordeeld.

gronden van vernietiging van de titel in de overdracht tussen de oorspronkelijk rechthebbende en de wederpartij van de derde-verkrijger."¹⁸⁰

Zoals hiervoor al aangegeven kan ik mij vinden in het oordeel van de commissie dat de positie van de rechtstreekse verkrijger om niet en die van de opvolgende verkrijger om niet in de huidige regeling ten onrechte zijn gelijkgesteld. De positie van de opvolgende verkrijger om niet zou moeten worden beheerst door de algemeen vermogensrechtelijke regels van derdenbescherming. Dat de beschikkingsonbevoegdheid het gevolg is van een beroep op de faillissementspauliana, rechtvaardigt geen andere bescherming dan in het geval bijvoorbeeld een beroep op dwaling de oorzaak van de beschikkingsonbevoegdheid zou zijn geweest.

Opmerkelijk is dat de commissie op grond van de gegeven argumenten niet ook de gelijkschakeling van de positie van de rechtstreekse verkrijger en de opvolgende verkrijger die *anders dan om niet* hebben verkregen heeft losgelaten. Ook voor de opvolgende verkrijger die anders dan om niet heeft verkregen geldt dat het niet gerechtvaardigd is om aan een ander regime van derdenbescherming te worden onderworpen dan degenen die op grond van een andere oorzaak dan een beroep op de faillissementspauliana van een beschikkingsonbevoegde hebben verkregen.

Een merkwaardig gevolg van de keuze van de commissie lijkt dat art. 3:88 BW slechts *gedeeltelijk* van toepassing zou worden naast art. 3.2.7 Voorontwerp. Uit de toelichting volgt immers dat slechts de positie van de opvolgende verkrijger te goeder trouw die *om niet* heeft verkregen door de algemeen vermogensrechtelijke bepalingen van derdenbescherming zou gaan worden beheerst. Heeft de opvolgende verkrijger *anders dan om niet* een goed verkregen als bedoeld in art. 3:88 BW, dan zou hij kennelijk gewoon onder de bescherming van art. 3.2.7 Voorontwerp zijn gevallen.

7. CONCLUSIE

De vernietiging van een rechtshandeling met de faillissementspauliana heeft terugwerkende kracht. Voor de vernietiging van een (wederkerige) overeenkomst brengt dit mee dat de schuldenaar – vanuit het perspectief van de ten behoeve van de schuldeisers handelende curator – achteraf gezien onverschuldigd heeft betaald aan zijn wederpartij. Dit betekent echter niet dat art. 51 lid 1 Fw met de daarin opgenomen verwijzing naar

180 Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 225-226.

afdeling 6.4.2. BW ('onverschuldigde betaling') overbodig is. Niet voor iedere rechtshandeling geldt immers dat de vernietiging daarvan op grond van het burgerlijk recht reeds tot een restitutievordering (uit onverschuldigde betaling) leidt. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de vernietiging van de betaling van een al dan niet opeisbare geldschuld.

De curator roept de faillissementspauliana in 'ten behoeve van de boedel'. Dit betekent dat de rechtsgevolgen van de vernietiging in beginsel slechts door of jegens de curator worden ingeroepen. Op deze regel moet mijns inziens onder omstandigheden echter een uitzondering kunnen worden gemaakt. Zo zou degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich in bepaalde gevallen niet alleen jegens de curator, maar – nadat het faillissement is geëindigd – ook jegens de schuldenaar op de gevolgen van de vernietiging moeten kunnen beroepen. Dit geldt bijvoorbeeld als de betaling van een schuld aan hem met de faillissementspauliana is vernietigd. Ook zou hij zich onder omstandigheden jegens derden op de gevolgen van de vernietiging moeten kunnen beroepen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval waarin de betaling wordt vernietigd van een vordering waarvoor een derde een pand- of hypotheekrecht heeft verstrekt.

De gedachte van de wetgever dat de vernietiging *de facto* niet verder mag werken dan nodig is om het nadeel van de schuldeisers op te heffen komt in (de toelichting op) art. 51 lid 3 Fw niet volledig tot uitdrukking. Zo zou bij de vraag of 'de boedel (...) is gebaat' in art. 51 lid 3 Fw ook rekening moeten kunnen worden gehouden met een vermindering van de omvang van de verifieerbare vorderingen. Hoewel deze vorderingen niet tot het passief van de boedel behoren en een vermindering van de totale omvang van die vorderingen 'de boedel' dan ook niet zal kunnen baten (art. 51 lid 3 Fw), kan een dergelijke vermindering wel invloed hebben op de omvang van het nadeel van de schuldeisers. Voor- en nadelen van schuldeisers houden niet slechts verband met wijzigingen in het actief dat tijdens faillissement tot de boedel behoort. Aanduidingen als 'benadeling van de boedel' en 'bate van de boedel' kunnen daarom tot verwarring leiden en dienen waar mogelijk te worden vermeden. De gedachte dat vernietiging per saldo niet verder mag werken dan nodig is om het nadeel op te heffen zou beter tot zijn recht komen als de boedelvordering van art. 51 lid 3 Fw superpreferent is. Het toekennen van een dergelijke rang zou echter slecht passen in de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot boedelvorderingen uit onverschuldigde betaling.

Art. 51 lid 2 Fw kan komen te vervallen. De bescherming waarin deze bepaling voorziet kan worden overgelaten aan de beschermingsbepalingen

van het Burgerlijk Wetboek. De argumenten van de wetgever voor (het behouden van) een eigen regeling van derdenbescherming binnen de (faillissements)pauliana gaan niet (meer) op. Zo kent het Burgerlijk Wetboek inmiddels *wel* een bepaling die bescherming biedt aan derden die van een beschikkingsonbevoegde een (recht op een) registergoed hebben verkregen. Daarnaast is het 'terugkooprecht' nooit in de beschermingsbepalingen van het Burgerlijk Wetboek opgenomen, waardoor niet hoeft te worden gevreesd dat dit wordt uitgeoefend door een schuldeiser die zich met succes op de actio Pauliana heeft beroepen. De eigen regeling van derdenbescherming kan (thans) ook niet (meer) gerechtvaardigd worden door de noodzaak om degene die *rechtstreeks* van de schuldenaar heeft verkregen op gelijke wijze te 'beschermen' als een *opvolgende* verkrijger. Anders dan de wetgever van oordeel lijkt te zijn, bevinden zij zich niet in een vergelijkbare positie, te weten die van 'derden' die *buiten* de verhouding staan waarin het paulianeuze karakter van een rechtshandeling wordt vastgesteld. Het paulianeuze karakter van een rechtshandeling moet mijns inziens worden vastgesteld in de verhouding tussen *degene met of jegens wie de schuldenaar handelde* – de 'rechtstreekse verkrijger' – en de schuldeisers (en dus niet tussen de *schuldenaar* en zijn schuldeisers). In die benadering kan alleen de opvolgende verkrijger als 'derde' worden aangemerkt. Tot slot geldt mijns inziens meer in het algemeen dat er geen goede redenen zijn om de bescherming tegen de gevolgen van vernietiging met de faillissementspauliana, onder andere voorwaarden te laten plaatsvinden dan wanneer wegens een ander 'gebrek' is vernietigd.

HOOFDSTUK 7

CONCLUSIE

1. INLEIDING

De vraag die in dit onderzoek centraal stond, is of de regeling van de faillissementspauliana en de uitleg die daaraan door de Hoge Raad wordt gegeven, mede gelet op de door de wetgever bij de totstandkoming van die regeling geformuleerde uitgangspunten, nog voldoet als instrument ter bestrijding van onoorbare verhaalsbenadeling. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is eerst besproken op welke uitgangspunten de huidige regeling van de faillissementspauliana is gebaseerd (hoofdstuk 2). Vervolgens is mede tegen de achtergrond van deze uitgangspunten een analyse gemaakt van de faillissementspauliana, waarbij ook enkele uitgangspunten kritisch zijn bekeken (hoofdstuk 3 t/m 6). Uit deze analyse is naar voren gekomen dat bepaalde maatschappelijke en juridische ontwikkelingen de laatste decennia voor de faillissementspauliana hebben meegebracht dat nieuwe vragen zijn gerezen, het toepassingsgebied is uitgebreid en zich nieuwe leerstukken hebben ontwikkeld. De belangrijkste conclusie is echter dat, in afwijking van wat uit de wetsgeschiedenis volgt, thans niet meer het handelen van de schuldenaar centraal zou moeten staan binnen de regeling van de faillissementspauliana, maar het handelen van degene met of jegens wie de schuldenaar de aangevochten rechtshandeling heeft verricht. Een ontwikkeling in die richting is ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad zichtbaar. In § 2 wordt de achtergrond van deze ontwikkeling besproken. In § 3 en § 4 wordt vervolgens aangegeven welke conceptuele en normatieve aanpassingen dit veranderende perspectief voor de regeling van de faillissementspauliana tot gevolg zou moeten hebben.

2. DE CENTRALE ROL VAN DE SCHULDENAAR VERDWIJNT

De huidige regeling van de faillissementspauliana is in werking getreden in 1896. Zowel uit de parlementaire geschiedenis, als uit de regeling zelf, volgt dat het handelen van de *schuldenaar* in die tijd centraal stond bij de vraag of een rechtshandeling kon worden vernietigd. Vooral de toelichting bij art. 42 Fw laat dit duidelijk zien. Hieruit volgt dat een onverplicht

verrichte rechtshandeling volgens de wetgever reeds paulianeus was als de schuldenaar wetenschap van benadeling had. De wetenschap van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde, diende slechts om de gevolgen van de vernietiging ten opzichte van hem te kunnen rechtvaardigen. Volgens de toelichting kwam zijn wetenschap (dan ook) niet neer op wetenschap van het *nadelige gevolg* van de rechtshandeling. Zijn wetenschap moest betrekking hebben op het *paulianeuze karakter* van de rechtshandeling, te weten het feit dat de schuldenaar wist dat de schuldeisers zouden worden benadeeld. Zijn wetenschap kwam dus in feite neer op wat thans als het ontbreken van goede trouw in de zin van art. 3:11 BW wordt verstaan. Het huidige art. 42 lid 2 Fw is in deze benadering als het ware een bepaling van 'derdenbescherming'.

Het paulianeuze karakter van een onverplicht verrichte rechtshandeling moest volgens de wetgever dus worden bepaald in de verhouding tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers en niet (mede) in de verhouding tussen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en de schuldeisers. De regeling voor verplicht verrichte rechtshandelingen geeft in dit verband een meer diffuus beeld. Enerzijds volgt uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever het paulianeuze karakter van een verplicht verrichte rechtshandeling wilde vaststellen in de verhouding tussen schuldeisers *onderling* (en dus niet in de verhouding tussen de *schuldenaar* en zijn schuldeisers). Anderzijds geldt dat voor een succesvol beroep op de tweede vernietigingsgrond van art. 47 Fw – 'overleg' – niet alleen een verwijtbaar handelen van de voldane schuldeiser, maar ook een verwijtbaar handelen van de *schuldenaar* vereist is. De Hoge Raad heeft dit in de jaren '90 in de arresten Gispén q.q./IFN en Verkerk/Tiethoff q.q. nog eens benadrukt.¹ De wetgever noch de Hoge Raad lijkt derhalve van oordeel dat de rol van de schuldenaar volledig ondergeschikt is in de regeling die ziet op de vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen.

Dat de wetgever degene met of jegens wie de schuldenaar handelde (veelal) zag als een 'derde' die buiten de verhouding stond waarin het paulianeuze karakter van een rechtshandeling moest worden vastgesteld, blijkt ook uit het feit dat de voorwaarden waaronder hij werd beschermd tegen het 'gebrek' in de rechtshandeling, dezelfde waren als die waaronder een opvolgende verkrijger bescherming genoot. Voor beiden was vereist dat zij anders dan om niet hadden verkregen en 'te goeder trouw' waren (met andere woorden: niet wisten van het paulianeuze karakter van de rechts-

1 HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628, nt. PvS (*Gispén q.q./IFN*) en HR 20 november 1998, NJ 1999, 611, nt. SCJJK; JOR 1999/19, nt. NEDF (*Verkerk/Tiethoff q.q.*).

handeling). Deze gelijke bescherming van rechtstreekse en opvolgende verkrijgers geldt sinds 1992 niet alleen voor degenen die anders dan om niet hebben verkregen, maar ook voor degenen die om niet hebben verkregen. (Ook) met betrekking tot laatstgenoemde gevallen was er volgens de wetgever geen reden om rechtstreekse verkrijgers anders te behandelen dan opvolgende verkrijgers. De wetgever was kennelijk nog steeds van oordeel dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde – de rechtstreekse verkrijger – evenals de opvolgende verkrijger *buiten* de verhouding staat waarbinnen het paulianeuze karakter van een rechtshandeling wordt vastgesteld. Hierbij moet echter wel worden opgemerkt dat in die tijd alleen voor de bescherming van opvolgende verkrijgers nog het criterium 'te goeder trouw' – niet weten van het paulianeuze karakter van de aangevochten rechtshandeling – gold. Voor de 'bescherming' van rechtstreekse verkrijgers was (inmiddels) vereist dat zij niet wisten van het *nadelige gevolg* van de aangevochten rechtshandeling. Anders dan uit de parlementaire geschiedenis volgde, werd wetenschap van benadeling bij degene met of jegens wie de schuldenaar handelde in de jurisprudentie dus niet (meer) geïnterpreteerd als wetenschap van het paulianeuze karakter van de aangevochten rechtshandeling, maar als wetenschap van het nadelige gevolg daarvan.

Dat de wetgever het paulianeuze karakter van een rechtshandeling eind 19^e eeuw (met name) vaststelde in de verhouding tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers, is in het licht van de toen geldende stand van het vermogensrecht niet verwonderlijk. Het was tenslotte de schuldenaar die in een *directe* relatie stond tot zijn schuldeisers en de gedachte dat men in het maatschappelijk verkeer ook gehouden is om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van *derden*, had nog veel terrein te winnen. Dit is inmiddels anders en men ziet – wellicht mede ten gevolge daarvan – in bepaalde arresten die de Hoge Raad de laatste decennia met betrekking tot de (faillissements)pauliana heeft gewezen een andere benadering terug dan die van de wetgever. In die arresten lijkt niet meer het gedrag van de schuldenaar centraal te staan bij de vraag of een rechtshandeling paulianeus is, maar dat van degene met of jegens wie hij handelde. Een eerste indicatie hiervoor volgt uit hetgeen hiervoor al is opgemerkt over de uitleg van het vereiste van wetenschap van benadeling bij degene met of jegens wie de schuldenaar handelde. Niet de wetsgeschiedenis, op grond waarvan de wetenschap betrekking moet hebben op het paulianeuze karakter van de rechtshandeling, maar de wettekst, op grond waarvan de wetenschap betrekking moet hebben op het nadelige gevolg van de rechtshandeling, wordt in de jurisprudentie gevolgd. Daarnaast heeft de Hoge Raad in het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I overwogen dat aan het feit dat de

regeling van de faillissementspauliana steeds uitgaat van een te kwader trouw handelende *schuldenaar* thans geen doorslaggevende betekenis meer toekomt.² Hierdoor vallen ook bepaalde 'rechtshandelingen' die niet door de schuldenaar zijn verricht onder het bereik van de faillissementspauliana. Van het plaatsvinden van deze rechtshandelingen kan de schuldenaar niet steeds een verwijt worden gemaakt; hij zal in sommige gevallen zelfs niet eens van het plaatsvinden van de rechtshandeling op de hoogte zijn. Uit de bedoelde overweging uit het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I volgt dat dit aan een succesvol beroep op de faillissementspauliana niet in de weg hoeft te staan.

Dat bij het beantwoorden van de vraag of een rechtshandeling paulianeus is, het gedrag van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde steeds meer bepalend is, kan voorts worden afgeleid uit de arresten Sigmacon II, Van Essen q.q./Aalbrecht en Van Dooren q.q./ABN AMRO I.³ Uit deze arresten volgt dat wanneer tegen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zowel een beroep op de faillissementspauliana wordt gedaan, als een vordering uit onrechtmatige daad wordt ingesteld, het lot van de ene vordering in beginsel dat van de andere zal delen. Omdat voor het slagen van de vordering uit onrechtmatige daad niet doorslaggevend is of ook de *schuldenaar* een verwijt kan worden gemaakt, zou uit de getrokken parallel kunnen worden afgeleid dat dit volgens de Hoge Raad ook geldt bij een beroep op de faillissementspauliana.

De arresten Gispén q.q./IFN en Verkerk/Tiefhoff q.q. passen minder goed in deze lijn. In deze arresten bevestigde de Hoge Raad dat voor 'overleg' als bedoeld in art. 47 Fw is vereist dat ook de *schuldenaar* het oogmerk had de voldane schuldeiser boven andere schuldeisers te begunstigen. De vraag is echter of de Hoge Raad in die arresten in redelijkheid tot een ander oordeel had kunnen komen. Zou voor de vernietiging slechts een oogmerk van begunstiging vereist zijn bij de voldane schuldeiser, dan wordt het toepassingsbereik van art. 47 Fw hierdoor tot een onwenselijke omvang uitgebreid. Een schuldeiser die het oogmerk heeft zichzelf boven andere schuldeisers te begunstigen, handelt immers niet steeds onoorbaar ten opzichte van zijn medeschuldeisers. Hij heeft een tot op zekere hoogte rechtens te respecteren belang om ten koste van anderen voor zichzelf op te komen.

2 HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104, nt. G (Loeffen q.q./Mees & Hope I).

3 HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, nt. WMK (Sigmacon II); HR 30 mei 1997, NJ 1997, 663, nt. Ma; JOR 1997/111, nt. JJvH (Van Essen q.q./Aalbrecht) en HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, nt. PvS; JOR 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I).

De in de jurisprudentie van de Hoge Raad waargenomen ontwikkeling is er mijns inziens een in de juiste richting. Bij de vraag of een rechtshandeling wegens verhaalsbenadeling moet kunnen worden aangevochten zou slechts een afweging moeten plaatsvinden tussen het belang van de benadeelde schuldeisers, het belang van de aangesproken partij en het belang van het rechtsverkeer. Het belang van de schuldenaar is niet in het geding en hoeft om die reden niet te worden beschermd (door ook bij hem een verwijtbaar handelen te eisen). Of een rechtshandeling paulianeus is, zou dus (primair) moeten worden bepaald aan de hand van de vraag of degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich onoorbaar heeft gedragen ten opzichte van de schuldeisers. In het vervolg wordt uiteengezet tot welke conceptuele en normatieve aanpassingen dit bij een toekomstige wetswijziging zou moeten leiden.

3. CONCEPTUELE AANPASSINGEN

De eerste aanpassing die zou moeten plaatsvinden, is dat daar waar voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana een subjectief vereiste geldt met betrekking tot de schuldenaar, dit vereiste komt te vervallen. Wordt degene met of jegens wie de schuldenaar handelde uit onrechtmatige daad aangesproken wegens het toebrengen van benadeling in verhaalsmogelijkheden, dan gelden dergelijke vereisten ook niet. Zoals hiervoor al aangegeven, is het belang van de schuldenaar niet in het geding en hoeft dit om die reden dan ook niet te worden beschermd.

De tweede aanpassing die moet plaatsvinden, is dat het onderscheid tussen onverplicht verrichte rechtshandelingen *om niet* en onverplicht verrichte rechtshandelingen *anders dan om niet* komt te vervallen. Ook in dit verband levert de vergelijking met de vordering uit onrechtmatige daad een – voor mij – doorslaggevend argument op. Wordt degene met of jegens wie de schuldenaar handelde op grond van onrechtmatige daad aangesproken wegens het toebrengen van benadeling in verhaalsmogelijkheden, dan geldt voor beide typen rechtshandelingen dat de vordering slechts kan slagen als hij wetenschap van benadeling had.

Daarnaast geldt dat het desbetreffende onderscheid – anders dan de wetgever van oordeel is – niet wordt gerechtvaardigd door het feit dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde *alleen* bij de vernietiging van een *om niet* verrichte rechtshandeling (in beginsel) niet slechter af is, vergeleken met de situatie waarin de aangevochten rechtshandeling nooit zou zijn verricht. Ook bij de vernietiging van *anders dan om niet* verrichte

rechtshandelingen geldt dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde er niet steeds op achteruit gaat zoals hiervoor bedoeld. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de vernietiging van een inbetalinggeving, of de vernietiging van een overeenkomst op grond waarvan een schuldenaar een goed ter waarde van 50 voor 100 heeft gekocht (en dit goed zich nog in de boedel bevindt). In beide gevallen is degene met of jegens wie de schuldenaar handelde door de vernietiging niet slechter af dan in het geval de aangevochten rechtshandeling nooit had plaatsgevonden.

Het verschil tussen onverplicht verrichte rechtshandelingen om niet en onverplicht verrichte rechtshandelingen anders dan om niet wordt evenmin verklaard doordat eerstgenoemde rechtshandelingen steeds tot een ongerechtvaardigde verrijking leiden. Van een ongerechtvaardigde verrijking is in die gevallen mijns inziens namelijk geen sprake. Ook de wetgever lijkt deze mening te zijn toegedaan. Zou hij van oordeel zijn geweest dat de vernietigingsmogelijkheid van een om niet verrichte rechtshandeling zijn grondslag vindt in het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking, dan had hij het vereiste van wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar niet gesteld. Voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking geldt dit vereiste immers evenmin. Dat ook de Hoge Raad de bevoordeling van een schuldeiser of een derde, die staat tegenover de verhaalsbenadeling van schuldeisers, in beginsel niet als een ongerechtvaardigde verrijking aanmerkt, kan worden afgeleid uit het arrest Van Hees q.q./Y.⁴

Wanneer het paulianeuze karakter van een rechtshandeling niet meer (mede) wordt bepaald in de verhouding tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers, maar enkel in de verhouding tussen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en de schuldeisers, dan is de derde consequentie daarvan dat er geen goede reden meer bestaat om de opvolgende verkrijger op gelijke wijze te beschermen als degene die rechtstreeks van de schuldenaar heeft verkregen. Alleen de opvolgende verkrijger staat in die benadering buiten de verhouding waarin het paulianeuze karakter van de rechtshandeling wordt bepaald, waardoor een gelijke behandeling niet meer noodzakelijk is. De bescherming van opvolgende verkrijgers hoeft dan niet meer binnen de faillissementspauliana te worden geregeld, maar kan worden overgelaten aan de algemene beschermingsbepalingen van het Burgerlijk Wetboek.

4 HR 28 oktober 2011, JOR 2011/387, nt. Damminga en Rijckenberg (Van Hees q.q./Y).

4. NORMATIEVE AANPASSINGEN

Zoals al aangegeven, moet het paulianeuze karakter van een rechtshandeling mijns inziens worden bepaald in de verhouding tussen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en de schuldeisers van de schuldenaar. De (primaire) vraag is dan of degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich door zijn betrokkenheid bij de rechtshandeling onoorbaar tegenover de schuldeisers heeft gedragen. De huidige opzet van de *faillissementspauliana* dwingt om bij het beantwoorden van deze vraag een onderscheid te maken tussen onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen. Ondanks dat dit onderscheid wordt gemaakt vanuit het perspectief van de *schuldenaar* – de vraag is of *hij* al dan niet verplicht was de aangevochten rechtshandeling te verrichten – kan dit naar mijn mening blijven bestaan. Wel zou er meer ruimte moeten komen voor uitzonderingen dan op grond van de bestaande jurisprudentie het geval lijkt te zijn. Is de schuldenaar bijvoorbeeld een opeisbare schuld op een voor hem onverplichte wijze nagekomen, maar kon de schuldeiser de nakoming niet weigeren zonder in schuldeisersverzuim te komen, dan is het mijns inziens ten opzichte van laatstgenoemde redelijk om zijn handelen niet aan de norm van art. 42 Fw, maar aan die van art. 47 Fw te toetsen.

Wanneer voor een succesvol beroep op de *faillissementspauliana* niet meer vereist zou zijn dat (ook) de schuldenaar een verwijt kan worden gemaakt, dan is een onverplicht verrichte rechtshandeling steeds vernietigbaar als degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wetenschap van benadeling had. In het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III heeft de Hoge Raad overwogen dat hiervan sprake is als 'het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien'.⁵ Mijns inziens is dit criterium niet (in alle gevallen) geschikt om vast te stellen of degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling is verricht onoorbaar heeft gehandeld tegenover de schuldeisers van de schuldenaar. Dit geldt zowel met betrekking tot rechtshandelingen die zelf tot benadeling van schuldeisers hebben geleid, als met betrekking tot rechtshandelingen die de uiteindelijke benadeling slechts 'mogelijk hebben gemaakt'.

Voor wat betreft rechtshandelingen die *zelf* tot benadeling hebben geleid is mijn bezwaar tegen het door de Hoge Raad geformuleerde criterium dat dit teveel belang hecht aan de mate waarin het faillissement van de schul-

⁵ HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, nt. PvS; JOR 2011/19, nt. NEDF (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III).

denaar is te voorzien. Hierdoor wordt op de eerste plaats een te strenge maatstaf aangelegd. Zo kan het zijn dat van wetenschap van benadeling zoals door de Hoge Raad bedoeld geen sprake is, terwijl degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wel wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling met een redelijke mate van waarschijnlijkheid de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers zou aantasten. Dit geldt met name in gevallen waarin tussen het moment waarop van benadeling in verhaalsmogelijkheden sprake was en het moment waarop schuldeisers tot verhaalsuitoefening zijn overgegaan, geruime tijd is verstreken. Het enkele feit dat het faillissement van de schuldenaar nog niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien ten tijde van het verrichten van de aangevochten rechtshandeling, betekent mijns inziens niet dat degene met of jegens wie de schuldenaar heeft gehandeld zich niet onoorbaar kan hebben gedragen tegenover de schuldeisers.

Door wetenschap van benadeling te koppelen aan de voorzienbaarheid van het faillissement en een tekort daarin, wordt niet alleen een te strenge, maar ook een te ruime maatstaf aangelegd. Met de voorzienbaarheid van het faillissement en een tekort daarin is immers niet steeds ook de voorzienbaarheid van de *benadeling* gegeven. Dit geldt bijvoorbeeld als de benadeling het gevolg is van de overdracht van een goed waarop een van de schuldeisers een bijzonder voorrecht had. Als de verkrijger van het goed het voorrecht niet kende of behoorde te kennen, zal hij de benadeling niet hebben kunnen voorzien. Van een onoorbaar handelen ten opzichte van de schuldeiser(s) van de schuldenaar is dan geen sprake, waardoor een beroep op de faillissementspauliana niet moet kunnen slagen. In afwijking van de interpretatie uit het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III, zou het vereiste wetenschap van benadeling mijns inziens op een meer letterlijke wijze moeten worden uitgelegd. Van wetenschap van benadeling is dan sprake als degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling met een redelijke mate van waarschijnlijkheid tot benadeling van schuldeisers zou leiden. Van welke concrete feiten en omstandigheden hij uiteindelijk kennis moet dragen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder het type nadeel dat de curator beoogt te bestrijden.

Een lastige vraag met betrekking tot de faillissementspauliana is hoe moet worden omgegaan met situaties waarin het nadeel dat de curator ongedaan wil maken niet is veroorzaakt door de aangevochten – onverplicht verrichte – rechtshandeling zelf, maar door een *ander* rechtsfeit c.q. een *andere* rechtshandeling. Van een dergelijke situatie is bijvoorbeeld sprake als de schuldenaar een aan hem toebehorend goed voor een reële prijs aan

een derde heeft verkocht en geleverd en met de ontvangen koopsom vervolgens een concurrente schuldeiser heeft betaald. De vraag rijst aan de hand van welk vereiste het onderscheid moet worden gemaakt tussen gevallen waarin de koopovereenkomst wel voor vernietiging in aanmerking komt, en gevallen waarin dat niet zo is. Op het eerste gezicht lijkt dit zowel het benadelingsvereiste als het vereiste van wetenschap van benadeling te kunnen zijn. De benadeling staat in een ver(der) verwijderd verband van de rechtshandeling, waardoor mogelijk zowel vragen rijzen met betrekking tot causaliteit (objectieve voorzienbaarheid) als met betrekking tot de wetenschap van het nadeel (subjectieve voorzienbaarheid). Het causaliteitsvereiste blijkt in dit verband echter over onvoldoende onderscheidend vermogen te beschikken. De relevante vraag is in de bedoelde gevallen dan ook niet zozeer of tussen de aangevochten rechtshandeling en de uiteindelijke benadeling causaal verband bestaat, maar of het gedrag van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde als onoorbaar ten opzichte van de schuldeisers kan worden aangemerkt. Of dit laatste het geval is, kan echter niet worden bepaald (louter) aan de hand van het wetenschaps criterium dat de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III heeft geformuleerd. Een beroep op art. 42 Fw zou dan kunnen slaan, zonder dat degene met of jegens wie de schuldenaar handelde wist of behoorde te weten dat het rechtsfeit dat de uiteindelijke benadeling direct heeft veroorzaakt zou plaatsvinden (of reeds heeft plaatsgevonden). Voor de vernietiging van bedoelde rechtshandelingen geldt mijns inziens dat in ieder geval van wetenschap van benadeling in letterlijke zin sprake moet zijn. De vraag rijst echter of dit ook voldoende is, of dat aan een succesvol beroep op art. 42 Fw onder omstandigheden nog nadere eisen moeten worden gesteld. Van wetenschap van benadeling in letterlijke zin zal in het hiervoor genoemde voorbeeld al sprake zijn als de koper wist of behoorde te weten dat met redelijke mate van waarschijnlijkheid (i) de schuldenaar in staat van materiële insolventie zou komen te verkeren (of reeds verkeerde), en (ii) de schuldenaar de koopsom zou aanwenden om een of meer (concurrente) schuldeisers te voldoen. Deze kennis maakt het handelen van de koper mijns inziens niet zonder meer onoorbaar tegenover de schuldeisers. Of degene met of jegens wie de schuldenaar handelde zich onoorbaar heeft gedragen tegenover de schuldeisers is in dergelijke gevallen tevens afhankelijk van bijkomende omstandigheden. Tot deze omstandigheden behoren onder meer het doel van de aangevochten rechtshandeling, de voorzienbaarheid van het faillissement en de positie in het maatschappelijk verkeer van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde.

Ook voor *verplicht* verrichte rechtshandelingen geldt dat het paulianeuze karakter daarvan moet worden vastgesteld in de verhouding tussen degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en de schuldeisers. Heeft de voldane schuldeiser zich onoorbaar tegenover zijn medeschuldeisers gedragen, dan zou de rechtshandeling moeten kunnen worden vernietigd. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat van een dergelijke gedraging sprake is, als een schuldeiser zich in strijd met 'de goede trouw' – lees: hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt – aan de samenloop van schuldeisers onttrekt, of daarbinnen een betere positie verkrijgt dan hij voorheen had. In de twee in art. 47 Fw opgenomen vernietigingsgronden komt dit naar mijn mening echter onvoldoende tot uitdrukking. De eerste van deze vernietigingsgronden is wettenschap van de faillissementsaanvraag. In de uitleg die thans aan deze vernietigingsgrond wordt gegeven, heeft deze op de eerste plaats een te *ruim* bereik. Zo is vernietiging ook mogelijk als de betaalde schuldeiser op generlei wijze op betaling heeft aangedrongen. In dat geval kan niet worden gezegd dat de betaalde schuldeiser zich onoorbaar jegens zijn medeschuldeisers heeft gedragen. Hetzelfde geldt als hij ondanks zijn wetenschap van de faillissementsaanvraag niet wist of behoorde te weten dat de aangevochten rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers zou leiden. Een ander bezwaar tegen deze vernietigingsgrond is dat vernietiging niet mogelijk is als een schuldeiser betaling vraagt en aanneemt terwijl hij weet dat het faillissement *onvermijdelijk* is, maar niet weet dat het faillissement is *aangevraagd*. In deze situatie onttrekt hij zich mijns inziens wel degelijk op onoorbare wijze aan de *concursum creditorum*. In dat opzicht heeft de eerste vernietigingsgrond van art. 47 Fw een te beperkte reikwijdte. Een laatste punt van kritiek met betrekking tot de eerste vernietigingsgrond van art. 47 Fw is dat de formulering daarvan onvoldoende ruimte biedt om, wanneer aan alle vereisten voor vernietiging is voldaan, de rechtshandeling toch in stand te laten, omdat voor het verrichten daarvan een bijzondere rechtvaardiging bestond. Aan een dergelijke uitzondering bestaat bijvoorbeeld behoefte als een schuldenaar vlak voor zijn faillissement zijn advocaat betaalt voor juridische bijstand met betrekking tot een ingediende faillissementsaanvraag. Zou deze betaling op grond van art. 47 Fw kunnen worden vernietigd, dan heeft dit mogelijk tot gevolg dat een schuldenaar zonder financiële hulp van derden geen juridische bijstand meer krijgt met betrekking tot zijn faillissementsaanvraag. Dit is vanuit maatschappelijk oogpunt onwenselijk. Hoewel uit de lagere rechtspraak gevallen bekend zijn waarin vanwege een bijzondere rechtvaardiging voor de aangevochten rechtshandeling een uitzondering op de hoofdregel van art. 47 Fw is gemaakt, zou het goed zijn de mogelijkheid hiertoe ook in de wettekst op te nemen.

De tweede vernietigingsgrond van art. 47 Fw is overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel heeft laatstgenoemde boven andere schuldeisers te begunstigen. Met betrekking tot deze vernietigingsgrond geldt als eerste punt van kritiek dat het onjuist is om bij de vraag of een *schuldeiser* onoorbaar heeft gehandeld, gewicht toe te kennen aan de intenties van de *schuldenaar*. Zoals eerder al betoogd dient bij de vraag of een rechtshandeling wegens verhaalsbenadeling kan worden vernietigd slechts een afweging te worden gemaakt tussen het belang van de benadeelde schuldeisers, het belang van degene met of jegens wie de schuldenaar handelde en het belang van het rechtsverkeer. Laat men het oogmerk van de schuldenaar buiten beschouwing, dan resteert met betrekking tot de tweede vernietigingsgrond van art. 47 Fw slechts het oogmerk van de voldane schuldeiser. Een schuldeiser die het oogmerk heeft zichzelf boven andere schuldeisers te bevoordelen handelt echter niet steeds onoorbaar ten opzichte van zijn medeschuldeisers. Hij heeft immers een tot op zekere hoogte rechtens te respecteren belang om voor zijn eigen rechten op te komen. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de tweede vernietigingsgrond van art. 47 Fw beter kan komen te vervallen.

Zou art. 47 Fw worden gewijzigd op grond van bovenstaande kritiek, dan gaat deze bepaling tot op zekere hoogte lijken op het door de Commissie insolventierecht voorgestelde art. 3.2.5 Voorontwerp, maar dan zonder de daarin opgenomen driemaandentermijn. Het stellen van een dergelijke termijn is naar mijn mening onwenselijk. Het werkt niet alleen chicaneus gedrag in de hand, maar brengt tevens mee dat een schuldeiser die onoorbaar jegens zijn medeschuldeisers heeft gehandeld in bepaalde gevallen toch aan een succesvol beroep op art. 47 Fw ontkomt.

SUMMARY

The object of this study is the *actio pauliana*, or the legal instrument to set aside a fraudulent conveyance or transfer. The bankruptcy trustee can use this instrument to challenge legal acts of the debtor which are detrimental to one or more creditors. If all requirements are met to invoke the *actio pauliana*, the challenged legal act will be set aside with retrospective effect. The bankruptcy estate would then be restored to its condition as if the challenged legal act has not occurred. The harm to the creditors is then reversed. The central issue in this study is whether the legal instrument of the *actio pauliana* and the interpretation given to its scope by the Supreme Court of the Netherlands, can still be considered adequate. This question is analysed against the background of the rationale of the *actio pauliana* as an instrument to combat legal acts – conducted prior to the commencement of bankruptcy proceedings – which are prejudicial to creditors. This study shows that the above question must in some instances be answered in the negative. In order for the *actio pauliana* to better serve its purpose, one of the principles on which it is based, its orientation to the conduct of the debtor, must be fundamentally adjusted and then be applied consistently within the various partial aspects of this instrument.

Chapter 2 addresses the principles forming the basis of the current regime that governs the *actio pauliana*. Chapters 3 through 6 analyze the *actio pauliana* against the background of these principles. Particular principles are also subjected to critical review. The challenged legal act is the main theme of Chapter 3. Other than follows from the text of the relevant statutory provision, the application of the *actio pauliana* is not limited to (i) legal acts carried out (ii) by the debtor (iii) prior to bankruptcy. Using a number of well-known examples from legal literature and case law there is then discussion regarding the instances when an exception to these partial aspects is allowed or, as the case may be, must be allowed. Chapter 4 addresses the characterisation of a legal act as prejudicial. Among other questions, its answers what is to be understood by 'prejudicial to recourse possibilities', what types of prejudice can be distinguished relative to the *actio pauliana* and the categories of creditors which must be adversely affected. Chapter 5 takes up the subjective requirements for successfully invoking the *actio pauliana*. These are the requirements concerned with a certain state of mind of the relevant parties. Attention is given in particular to situations in which there is a so-called 'conjunction of legal acts'. In such

cases in answering the question whether there is any prejudicing of creditors one looks not only to the consequences of the challenged legal act but also to those of other legal acts that are related to the challenged legal act. Case law shows that this type of instance is likely to result in conundrums. Chapter 6 is devoted to the legal consequences to successfully invoking the *actio pauliana*. The study ends in Chapter 7 with a conclusion.

The most important outcome of the study is that the conduct of the debtor no longer need be central to the application of the *actio pauliana*, but rather the conduct of those with whom or against whom the challenged legal act is carried out. The fraudulent character of a legal act need not (any longer) be established in the debtor-creditor relationship but rather in the relationship between *those with whom or against whom the debtor acted* and the joint creditors. The primary question then is whether those with or against whom the debtor acted conducted themselves in an objectionable manner with respect to the joint creditors. A number of changes follow from a consistent application of this approach. In the first place the voiding of all voluntary legal acts would require that only those with whom or against whom the debtor acted were aware of the prejudicial outcome. The requirement that the *debtor* should have knowledge of the prejudice can be abolished. The same applies to the distinction between legal acts done for no consideration and those done for consideration.

The legal requirement of knowledge of prejudice must be interpreted, in my view, such that this is met only if those with whom or against whom the debtor acted "knew or should have known that the legal act would result with a reasonable degree of certainty in the prejudice to joint creditors". Of which concrete facts and circumstances he must be aware depends on the circumstances of the case, in particular the type of prejudice that the bankruptcy trustee is seeking to counter. If the challenged legal act has not *of itself* led to the prejudicing of creditors, but merely *enabled* the prejudicial effects to occur, then the requirement of knowledge of prejudice is not sufficient. Whether those with or against whom the debtor acted conducted themselves objectionably towards the joint creditors also depends in such cases on *additional circumstances*. Among these circumstances are: the purpose of the challenged legal act, how foreseeable was the bankruptcy, and the position in social and economic life of those with or against whom the debtor acted.

The fraudulent character of *mandatory* legal acts must also be established on the basis of the question whether those with or against whom the debtor acted conducted themselves objectionably towards the joint credi-

tors. In my view this is still not sufficiently expressed in the two grounds for voidness of Article 47 of the Dutch Bankruptcy Act. Thus, the first ground for voidness, knowledge of the petition to commence bankruptcy proceedings, is also met if the paid creditor in no way *insisted* on receiving payment. It cannot be said in such a case that the paid creditor conducted himself objectionably towards the other creditors. Another point of criticism is that voiding is not possible if a creditor demands and accepts payment whilst knowing that bankruptcy is *unavoidable*, yet not being aware of the fact that the bankruptcy has been *petitioned*. In this situation his conduct is, in my opinion, certainly objectionable towards the other creditors. The second ground for voidness under Article 47 of the Dutch Bankruptcy Act is concerted action between the debtor and the creditor aimed at preferring the latter over the joint creditors. With respect to this ground for voidness the first point of criticism is that it is wrong when asking whether a *creditor* has acted objectionably to give any weight to the *debtor's* intentions. Should the debtor's intent be disregarded, the only material test which remains is the intent of the creditor who has been paid by the debtor prior to the commencement of bankruptcy proceedings. This is not, however, a good criterion by which to judge mandatory legal acts. A creditor whose purpose is to benefit himself above all other creditors is not always acting objectionably towards the other creditors. He has a legitimate interest that is to be respected to a certain extent to stand up for his own rights. The second ground for voidness under Article 47 of the Dutch Bankruptcy Act could therefore better be eliminated.

If the fraudulent character of a legal act is not established in the relationship between the joint creditors and the debtor but rather in the relationship between the joint creditors and those with whom or against whom the debtor acted this would then also have consequences for the rules for the protection of third parties. There would then no longer be a good reason to protect successive transferees in a manner similar to those who acquired directly from the debtor. In my approach only the successive transferee stands outside the relationship in which the fraudulent character of the legal act is established whereby the equal treatment of the direct transferee is no longer necessary. The protection of successive transferees can then be left to the general protective provisions of the Dutch Civil Code.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Abendroth 2006

R.J. Abendroth, 'Herfinanciering van noodlijdende ondernemingen', in: G. van Solinge e.a. (red.), *De financiering van de onderneming*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 88, Deventer: Kluwer 2006, p. 51-65.

Van Anandel 2006

W.J.M. van Anandel, 'De Peeters/Gatzen-vordering', in: W.J.M. van Anandel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 1-86.

Ankum 1959

J.A. Ankum, 'De Pauliana in het nieuwe B.W.', *NJB* 1959/2, p. 21-31.

Ankum 1962-I

J.A. Ankum, *De geschiedenis der "actio Pauliana"* (diss. Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

Ankum 1962-II

J.A. Ankum, *De actio Pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

Ankum 1993

J.A. Ankum, 'Boekbespreking H.P.J. Ophof, *De Actio Pauliana: terug van weggeveest, of ook: 'wegwezen'?*', *NTBR* 1993/9, p. 237-241.

C. Asser 1894

C. Asser, 'De voorgestelde wijziging der Pauliana in ons Burgerlijk Wetboek', *W.* 1894 (6544), p. 3.

W.D.H. Asser 2004

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk deel 3, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp 4-II (1993)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II*

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte. Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III*

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht. Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-IV*

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet. Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Kortmann 2-I

S.C.J.J. Kortmann, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging. Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II*

G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2009.

Bakkerus 2000

S.O.H. Bakkerus, Bancaire aansprakelijkheid (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 19, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Bartels 2002

S.E. Bartels, 'De receptie van het titelbegrip van Hartkamp', Groninger Opmerkingen en Mededelingen 2002, p. 47-61.

Bartels 2004

S.E. Bartels, De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Beekhoven van den Boezem 2008

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'De faillissementsprocedure wordt maatschappelijk relevant: hoera?', TvI 2008/2, p. 71-79.

Beekhuis 1959-I

J.H. Beekhuis, De regeling van de z.g. 'actio Pauliana' in het Belgisch en het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.

Beekhuis 1959-II

J.H. Beekhuis, 'Fiduciaire overdracht en Pauliana', De Naamloze Vennootschap 1959/4-5, p. 61-69.

Boekraad 1997

G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 9, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Boom 2008

W.H. van Boom, 'Een juridisch advies over Paulianeus handelen', AA 2008, p. 726-734.

Boschma 1997

H.E. Boschma, De eenpersoons-BV (diss. Groningen), Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 28, Deventer: Kluwer 1997.

Chao-Duivis 2000

M.A.B. Chao-Duivis, 'Enkele opmerkingen over de verbindende kracht van overeenkomsten', in: J.M. Barendrecht e.a. (red.), Beginselen van contractenrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 41-57.

Croes 1973

A.L. Croes, 'De ruime Pauliana naar geldend en komend recht', WPNR 1973 (5223), p. 285-292 en WPNR 1973 (5224), p. 303-308.

Damsteegt-Molier 2008

F. Damsteegt-Molier, 'Derdenbescherming na een vernietiging op grond van de actio pauliana: vreemde eend in de bijt?', WPNR 2008 (6760), p. 517-521.

Damsteegt-Molier 2009

F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Van Dijck 2005

G. van Dijck, 'De actio Pauliana in Nederland en de wet van de remmende voor-sprong' in: Jan Smits en Sophie Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeen-komst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 393-410.

Van Dijck 2006

G. van Dijck, *De faillissementspauliana: revisie van een relict* (diss. Tilburg), Nij-megen: Wolf legal Publishers 2006.

Van Dijck 2008

G. van Dijck, 'Wat te doen met de faillissementspauliana?', *TvI* 2008/2, p. 46-57.

Van Eeghen 2006

L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Eggens 1927

J. Eggens, 'Vertegenwoordiging', WPNR 1927 (2989), p. 225-228 en WPNR 1927 (2990), p. 245-250.

Eggens 1947

J. Eggens, *Vormen van nietigheid en van bekrachtiging van rechtshandelingen*, Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1947, Den Haag: Belinfante 1947.

Faber 1994

N.E.D. Faber, 'Verrekening en faillissement', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Finan-ciering en aansprakelijkheid*, Serie Onderneming en Recht deel 1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 163-197.

Faber 1996

N.E.D. Faber, 'Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust*, Serie Onderneming en Recht deel 5, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 195-262.

Faber 1999

N.E.D. Faber, 'HR 23 april 1999, RvdW 1999, 73 (Van Gorp q.q./Rabobank)', *TvI* 1999/6, p. 136-138.

Faber 2005

N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 33, Deventer: Kluwer 2005.

Faber 2006

N.E.D. Faber, 'Vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *10 jaar «JOR» Alsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 135-141.

Faber 2008

N.E.D. Faber, 'Actio Pauliana en verrekening', in: J.A. van de Hel e.a. (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 167-201.

Van der Feltz I

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz, I, Serie Onderneming en Recht deel 2-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Frieling 2001

J.W. Frieling, 'Pauliana-acties na faillissementseinde', *TvI* 2001/5, p. 143-152.

Frieling 2003

J.W. Frieling, 'Executiemaatregelen binnen de grenzen van art. 47 Fw', *TvI* 2003/6, p. 269-275.

Frieling 2004-I

J.W. Frieling, 'Naschrift', *TvI* 2004/4, p. 165-166.

Frieling 2004-II

J.W. Frieling, 'Hof Arnhem 23 juli 2002 en 16 december 2003 (ABN Amro/Van Dooren q.q.)', *TvI* 2004/4, p. 175-179.

Van Galen 1996

R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement', *WPNR* 1996 (6625), p. 393-397 en *WPNR* 1996 (6226), p. 413-417.

Van Galen 1997

R.J. van Galen, 'Een regeling voor het boedelfaillissement', *TvI* 1997/5, p. 148-153.

Giessen 2001

I. Giessen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Gispen 1998-I

G.H. Gispen: 'De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio Pauliana', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rondom de faillissementspauliana (INSOLAD jaarboek 1998)*, Deventer: Kluwer 1998, p. 31-50.

Gispen 1998-II

G.H. Gispen, 'Arrondissementsrechtbank Zwolle 13 mei 1998, nr. 32028/HA ZA 97-765 (hoger beroep) (Mr. M./mr. B q.q.)', *TvI* 1998/10, p. 222-224.

Groefsema 1993

L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

Hartkamp 1974

A.S. Hartkamp, 'Het begrip leveringstitel', *WPNR* 1974 (5267), p. 375-383 en *WPNR* 1974 (5268), p. 393-399.

Hasselton 1992

W.A.M. Hasselton, 'Bespreking van 'De actio Pauliana naar BW en Nieuw BW' van T.J. Mellema-Kranenburg', *NTBR* 1992/2, p. 53-56.

A. van Hees 1998

A. van Hees, 'Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rondom de faillissementspauliana (INSOLAD jaarboek 1998)*, Deventer: Kluwer 1998, p. 1-11.

A. van Hees 2006

A. van Hees, 'Reactie op de bespreking van Van Dooren q.q./ABN AMRO II door A.J. Verdaas in NTBR 2006', NTBR 2006/3, p. 114-115.

J.J. van Hees 1997

J.J. van Hees, 'Enkele pauliana-perikelen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht deel 7, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 567-576.

J.J. van Hees 2002

J.J. van Hees, 'Benadeling in verhaalsmogelijkheden: pauliana of onrechtmatige daad?' JOR plus 2002/1, p. 66-71.

J.J. van Hees 2006

J.J. van Hees, 'De wetenschap van de pauliana', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), 10 jaar «JOR» Alsnog geannoteerd, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 142-148.

Heyman 2006

H.W. Heyman, 'Aflossing hypotheek na transport in de gevarenzone', WPNR 2006 (6652), p. 77-82.

Hijma 1988

Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

Hilverda 1992

C.M. Hilverda, Faillissementsfraude (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Hoff 1995

G.T.J. Hoff, Balanceren op het koord van de faillissementspauliana, NIBE-Bankjuridische reeks deel 23, Amsterdam: NIBE 1995.

Huizink 1995

J.B. Huizink, 'Pauliana en verrekening', TvI 1995/1, p. 18-19.

Huizink 2001

J.B. Huizink, 'Nogmaals artikel 47 F', WPNR 2001 (6429), p. 33-34.

Huizink 2009

J.B. Huizink, Insolventie, Deventer: Kluwer 2009.

Jackson 1986

T.H. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, Cambridge: Harvard University Press 1986.

Jol 1996

J.T. Jol, 'Aspecten van verrekening tijdens faillissement en surséance van betaling', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht deel 6, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 201-218.

Jol en Verhoeven 2010

J.T. Jol en R.H.W.A. Verhoeven, 'Noodkrediet in nood?', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), Bancaire zekerheid, Serie Onderneming en Recht deel 58, Deventer: Kluwer 2010.

Van Koppen 1998-I

F.P. van Koppen, Actio Pauliana en onrechtmatige daadvorming (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998.

Van Koppen 1998-II

F.P. van Koppen, 'De rechtsgevolgen van het introyoen van de (faillissements)-pauliana', in: L. Timmerman (red.), Vragen rondom de faillissementspauliana (INSOLAD jaarboek 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 13-29.

Van Koppen 1999

F.P. van Koppen, 'Hof Leeuwarden 9 december 1998 (Ontvanger Groningen/Rimag Beheer)', TvI 1999/7, p. 161-163.

Van Koppen 2001-I

F.P. van Koppen, 'Moet "wetenschap van faillissementsaanvraag" in art. 47 Fw geobjectiveerd worden?', WPNR 2001 (6454), p. 708-711.

Van Koppen 2001-II

F.P. van Koppen, 'Zekerheidsrechten en faillissementspauliana', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), Onzekere zekerheid (INSOLAD Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 13-25.

Van Koppen 2005-I

F.P. van Koppen, 'Benadeling in de zin van de Pauliana bij een zekerheidstelling', MvV 2005/9, p. 171-174.

Van Koppen 2005-II

F.P. van Koppen, 'HR 8 juli 2005, RvdW 2005, 89 (Van Dooren/ABN AMRO II)', TvI 2005/6, p. 195-199.

Van Koppen 2006

F.P. van Koppen, 'Naschrift bij de reactie van mr. ing. A.J. Verdaas', TvI 2006/1, p. 36-39.

Van Koppen 2008

F.P. van Koppen, 'Een bespreking van het arrest Slijm/Brouwer', TvI 2008/7, p. 320-324.

Kortmann 1995

S.C.J.J. Kortmann, '"Schenking" en Pauliana', WPNR 1995 (6186), p. 441-446.

Kortmann en Faber 1995

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Kuijsters/Gaalman q.q.', AA 1995/2, p. 124-133.

Kortmann en Faber 1996-I

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Honderd jaar Faillissementswetgeving', TvI 1996/5, p. 123-133.

Kortmann en Faber 1996-II

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht deel 6, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 139-172.

Kortmann en Faber 1998

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Stornering en faillissement', TvI 1998/3, p. 49-57.

Kortmann, Faber, Nowak en Veder 2001

S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, R.G.J. Nowak en P.M. Verder, 'Faillissementswet: niet slopen maar renoveren', WPNR 2001 (6463), p. 897-904.

Kortmann, Van Hees en Faber 2007

S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, 'Kroniek van het insolventierecht', NJB 2007/35, p. 2243-2256.

Van Leijden 1887

A.F. van Leijden, *Aard en strekking der actio Pauliana* (diss. Amsterdam), Amsterdam: J.H. de Bussy 1887.

Mellema-Kranenburg 1996

T.J. Mellema-Kranenburg, *De actio Pauliana*, Studiepockets privaatrecht nr. 45, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Mok 1997

M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch?*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Moorsel 2002

R.C.M. van Moorsel, 'De overname van aandelen op naam en de Faillissements-pauliana', WPNR 2002 (6508), p. 741-747.

Van Nielen en Bartels 2006

W.J.B. van Nielen en S.E. Bartels, 'Kroniek van 5 jaar Insolventierecht', NTBR 2006/5, p. 177-190.

Ophof 1992

H.P.J. Ophof, *De Actio Pauliana: terug van weggeweest, of ook: 'wegwezen'?*, Deventer: Kluwer 1992.

Parl. Gesch. Boek 3

C.J. van Zeben en J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, en 6)

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben en J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992.

Peletier 1999

M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012

W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, Pitlo, *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Polak/Polak 1960

N.J. Polak, Mr. M. Polak's handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht. Deel 1. Tweede gedeelte. Faillissement en surséance van betaling. Groningen: Wolters 1960.

Polak 1978

N.J. Polak, 'Een niet geannoteerd arrest over de Pauliana', WPNR 1978 (5444), p. 485-489.

Rank 1992

W.A.K. Rank, 'Faillissementspauliana en het benadelingsvereiste', V&O 1992/7-8, p. 77-78

Rank 1996

W.A.K. Rank, Geld, geldschuld en betaling (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996.

Rank-Berenschot 1993

E.B. Rank-Berenschot, 'Verstrekken van aanvullende zekerheden en faillissementspauliana', Bb 1993, p. 176-179.

Rijckenberg 2009

C. Rijckenberg, 'Beslag en faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), Knelpunten bij beslag en executie, Serie Onderneming en Recht deel 49, Deventer: Kluwer 2009, p. 515-516.

Van Schilfgaarde 1987

P. van Schilfgaarde, 'Aantasting van concernfinanciering door de actio Pauliana en de actie uit onrechtmatige daad', in: J. Lievens e.a. (red.), Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 28, Deventer: Kluwer 1987, p. 81-90.

Van Schilfgaarde 2001

P. van Schilfgaarde, 'Tus vigilantibus scriptum', WPNR 2001 (6428), p. 21-27.

Schoordijk 1970

H.C.F. Schoordijk, 'Indirecte verrijking', WPNR 1970 (5093), p. 375-380, WPNR 1970 (5094), p. 387-393 en WPNR 1970 (5095), p. 403-406.

Schut 1987

G.H.A. Schut, Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis: volgens BW en NBW, Studiepockets privaatrecht nr. 15, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

De Serière 1994

V.P.G. de Serière, 'Enige opmerkingen omtrent financiële herstructurerings- en (faillissements) Pauliana', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Financiering en aansprakelijkheid, Serie Onderneming en Recht deel 1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 71-91.

Soedira 2011

A.D.W. Soedira, Het akkoord (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 60, Deventer: Kluwer 2011.

Spinath, Oppedijk, Schreuder, De Jager en Van Nielen 2009

I. Spinath e.a., 'Kroniek Insolventierecht', Advocatenblad 2009/5, p. 191-199.

Spinath 2010

I. Spinath, 'ABN AMRO/Van Dooren III – (nog) geen happy end', in: R.J. van Galen e.a. (red.), De insolvente vennootschap (INSOLAD Jaarboek 2010), Deventer: Kluwer 2010, p. 139-145.

Star Busmann 1951

C.W. Star Busmann, De Faillissementswet verklaard door W.L.P.A. Molengraaff, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951.

Steneker 2005

A. Steneker, Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 31, Deventer: Kluwer 2005.

Toelichting Voorontwerp Insolventiewet

S.C.J.J. Kortman en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet, Serie Onderneming en Recht deel 2-IV*, Deventer: Kluwer 2007.

Verdaas 2005

A.J. Verdaas, 'Verruiming van art. 47 Faillissementswet en stil pandrecht op vorderingen: voorzichtigheid is de moeder van de porseleinkast', in: S.H.M.A. Dumoulin e.a. (red.), *Tussen 'Themis en Mercuris'*, Deventer: Kluwer 2005, p. 389-404.

Verdaas 2006-I

A.J. Verdaas, 'Noot bij HR 8 juli 2005 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II)', NTBR 2006/1, p. 30-35, en: 'Antwoord aan Van Hees', NTBR 2006/3, p. 115-117.

Verdaas 2006-II

A.J. Verdaas, 'Reactie op de bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO door F.P. van Koppen, TvI 2005, 43', TvI 2006/1, p. 33-36.

Verdaas 2010

A.J. Verdaas, 'Van Dooren q.q./ABN AMRO II herroepen', in: *Bancaire zekerheid, Serie Onderneming en Recht deel 58*, Deventer: Kluwer 2010, p. 329-338.

Vermue 2011

B. Vermue, 'Wetenschap en de pauliana na HR ABN AMRO/Van Dooren q.q. III', TvI 2011/2, p. 39-47.

Verschoof 1992

R.J. Verschoof, *Het nieuwe faillissementsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Verstijlen 1994-I

F.M.J. Verstijlen, 'De afwikkeling van de faillissementspauliana en het beroep op verrekening', Bb 1994/24, p. 238-240.

Verstijlen 1994-II

F.M.J. Verstijlen, 'Art. 69 Fw in het licht van de Antilliaanse faillissementszaken', *Advocatenblad* 1994/19, p. 857-859.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator (diss. Tilburg)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Verstijlen 1999

F.M.J. Verstijlen, 'De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening door schuldeisers', WPNR 1999 (6355), p. 301-308.

Verstijlen en Vriesendorp 2004

F.M.J. Verstijlen en R.D. Vriesendorp, 'Enige opmerkingen over Polak-Wessels, Insolventierecht (I)', WPNR 2004 (6602), p. 991-997 en WPNR 2004 (6603), p. 1018-1024.

Vriesendorp 1992

R.D. Vriesendorp, 'Eenheid in verscheidenheid', in: S.D. Borsboom e.a. (red.), *Erudita Ignorantia*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 187-199.

Vriesendorp 1996

R.D. Vriesendorp, 'Art. 47 Fw: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht deel 6*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 65-79.

Vriesendorp 1999

R.D. Vriesendorp, 'Een van de grenzen van art. 47 Fw nader verkend', TvI 1999/10, p. 172-180.

Vriesendorp 2001

R.D. Vriesendorp, 'Van Dooren q.q./ABN Amro', AA 2001/3, p. 159-166.

Wammes 1991

H. Wammes, 'De Pauliana in het Nieuw BW: veel oud recht', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 93-105.

Van der Weijden 2009

R.J. van der Weijden, 'HR 24 april 2009, LJN: BF 3917, CO7/108HR (Dekker q.q./Lutèce)', TvI 2009/4, p. 134-139.

De Weijs 2007

R.J. de Weijs, 'Naar een flexibele benadering van wetenschap van benadeling onder de pauliana', WPNR 2007 (6726), p. 848-857.

De Weijs en Huurdeman 2007

R.J. de Weijs en N.J. Huurdeman, 'Kortsluiting in schuldeisersbescherming: Over de onwenselijkheid van gelijkshakeling van de criteria van art. 47 Fw en art. 54 Fw', WPNR 2007 (6713), p. 511-518.

De Weijs 2008

R.J. de Weijs, 'Pauliana in het Voorontwerp: over het verschil tussen één- en tweerichtingsverkeer op de valreep', TvI 2008, p. 245-257.

De Weijs 2010

R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolventies* (diss. Amsterdam), *Recht en Praktijk Insolventierecht deel 1*, Deventer: Kluwer 2010.

Wessels 2003

B. Wessels, 'Rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana', WPNR 2003 (6535), p. 415-421.

Wessels 2010

B. Wessels, *Insolventierecht. Deel III. Gevolgen van de faillietverklaring (2)*, Deventer: Kluwer 2010.

Westrik en Van Dooren 2011

R. Westrik en S.M.M. van Dooren, 'De 'samengestelde rechtshandeling' en de Actio Pauliana', WPNR 2011 (6879), p. 246-254.

Wibier 2003

R.M. Wibier, 'De centrale plaats van de wetenschap in de pauliana', WPNR 2003 (6548), p. 729-735.

Wibier 2010

R.M. Wibier, 'Faillissementspauliana in de rechtspraak van de Hoge Raad', TOP 2010/6, p. 225-232.

Winter 1992

J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), *Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 15*, Deventer: Kluwer 1992.

Winter 1998

J.W. Winter, 'Aantasting van voor het faillissement verplicht verrichte rechtshandelingen', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rondom de faillissementspauliana* (INSOLAD jaarboek 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 65-83.

Winters en Ynzonides 1994

B. Winters en M. Ynzonides, 'Opmerkingen over paulianabeslag', *WPNR* 1994 (6160), p. 837-839.

Zondervan 2004

A. Zondervan, 'Reactie op J.W. Frieling, 'Executiemaatregelen binnen de grenzen van art. 47 Fw', *TvI* 2003, p. 269-275', *TvI* 2004/4, p. 162-165.

WETSARTIKELREGISTER

(Er wordt verwezen naar paginanummers. Met betrekking tot art. 3:45 BW en art. 42 Fw wordt slechts naar specifieke artikelden verwezen. Naar art. 47 Fw wordt niet verwezen)

Burgerlijk Wetboek		86	53, 54, 219, 220, 222-224, 228, 231
Boek 1		88	219, 222, 223, 226, 228, 231, 232
89 lid 4	191	90 lid 2	223
Boek 2		94 lid 3	223
9	1	98	226
19 lid 1 sub c	82	117	72
138	1	234	177
138 lid 10	80, 195	238	219, 222, 223
248	1	239	162, 163
Boek 3		239 lid 4	219, 223
11	21, 108, 222, 223, 230, 236	302	190
13	36, 50	309	206
17	222	310	192, 193
23	222	316	193
24	223	317	193, 206
37	191	318	193
45 lid 1	83, 85	Boek 4	
45 lid 3	224, 229, 231	190 lid 4	106
45 lid 4	197, 209, 210	205	106
45 lid 5	218-222, 224, 225, 229, 231	Boek 5	
48	43, 44, 194	18	72
49	190	Boek 6	
50 lid 1	191	1	202
50 lid 2	190, 191, 202	2	151, 213
51 lid 2	191	30	100, 182
51 lid 3	67, 192	45	99, 128
52	192, 193	58	52
53	54, 189, 202, 213, 217	74	189, 205, 206
54	212, 213	75	205
56	191	84	205, 206
59	32, 189	98	116, 117
66 lid 2	101	100	134, 172
78	101	103	2, 59
84	36, 188, 190, 203, 217	121	100

127	1, 204	37	59
140 lid 1	115	42 lid 1	12, 20, 26, 29, 97, 100, 190, 198, 202
150 onder a	44	42 lid 2	20, 21, 97, 100, 142, 230, 236
160	99	42 lid 3	12, 15, 26, 28, 101, 102, 224, 225, 229, 231
162	2, 32, 50, 61, 62, 92, 151, 193	43	11, 18, 57, 140-143
203	189, 200-203, 205, 206	43 lid 1	72, 141, 142
205	205	43 lid 1 onder 1°	77, 142, 143, 146, 147
219 lid 3	107	43 lid 1 onder 2°	143-146
212	32, 102	43 lid 6	80, 195
230	212, 213	44 (oud)	10, 12, 26, 29, 142
248	151	45	18, 26, 57, 140-142, 146, 147
Boek 7		46 (oud)	12, 15, 19, 26, 28, 142, 224
226	222	48	24
361	222	49	15, 79
Burgerlijk Wetboek (ontwerp)		49 lid 1	48, 193
3.2.11 lid 5	220, 221, 229	49 lid 2	16, 67, 94, 192, 193
3.4.2.3 lid 2	227	50	196
3.4.2.3 lid 5	227	51 lid 1	11, 12, 14, 40, 55, 63, 102, 188, 189, 199-206, 209, 210, 212, 215, 232
3.4.2.3a	220, 221, 227, 228	51 lid 2	15, 204, 219-226, 229, 231, 233
3.4.2.3b	227	51 lid 2 (oud)	205
6.3.1.1	12	51 lid 3	12, 14, 27, 40, 101, 102, 187-189, 199, 204, 206, 207, 209-211, 213-216, 231, 233
6.4.3.1	12	51 lid 3 (oud)	15, 219, 224-226, 228, 231
Burgerlijk Wetboek (oud)		51 lid 4 (oud)	14
182	11	52	17
1377	12, 32, 81, 84-86, 123, 124	53	1, 76, 180, 204
1377 lid 2	219, 224, 226-229	54	1, 76, 148, 153, 158, 159, 178-180, 182
2014	15, 226	63e	19
Faillissementsbesluit 1931 (Nederlandse Antillen)		67	80
38	169, 171	68	74, 193
Faillissementswet		69	80, 194, 195
14 lid 3	53	108	82
20	65, 68, 95, 214	110	82
21	66	119 lid 1	67
22a	66	133	53
23	1, 13, 19, 53	193	196
24	1, 13, 53	194	197
29	62	212b	19
33 lid 1	1, 52	241e	19
35 lid 3	53		

Voorontwerp Insolventiewet

3.2.1	165, 196
3.2.3	165
3.2.4	141, 143
3.2.5	148, 157-167, 185, 196, 245
3.2.7	202, 205, 231, 232
3.2.8	196
3.2.10	196
3.3.2	159
4.4.1	19

**Wetboek van Burgerlijke
Rechtsvordering**

150	141
453a	220, 221
457 lid 1	50
463	50
466	50
505	50
705 (oud)	196
737	191

Wetboek van Koophandel

769 (oud)	19
770 (oud)	19
773 (oud)	17, 18
774 (oud)	17, 18, 21
775 (oud)	29

JURISPRUDENTIEREGISTER

(Er wordt verwezen naar paginanummers)

Hoge Raad

HR 14 april 1881, W. 4635 (Van Horck/Willems)	83, 84
HR 3 juli 1911, W. 9169 (Van der Wal/Jonkers q.q.)	123
HR 8 juli 1918, NJ 1918, 793 (Hollandsche IJzeren Spoorweg Maatschappij/ Van Kampen)	83-85
HR 30 januari 1920, NJ 1920, 232	196
HR 3 juni 1921, NJ 1921, p. 968 e.v. (Faillissement Janse)	200
HR 23 december 1926, NJ 1927, p. 439 e.v. (Van den Akker/Canter Cremers q.q.)	108
HR 17 februari 1927, NJ 1927, p. 1031 e.v. (Hanzebank/Van Elswijk)	91, 114, 119, 122-125
HR 9 maart 1928, NJ 1928, p. 1213 e.v. (Mello/Staat)	108
HR 2 januari 1930, NJ 1930, p. 1254 e.v. (Van Dijk/Bankassociatie)	101
HR 31 januari 1930, NJ 1930, p. 979 e.v. (De Nederlandsche Bank/ Van Foreest q.q.)	140
HR 28 november 1930, NJ 1931, p. 253 e.v. (Hermans q.q./Texeira de Mattos)	79
HR 30 april 1931, NJ 1931, p. 1275 e.v. (Burghgraef/Zeven q.q.)	38, 125-128, 129, 132, 138
HR 14 december 1934, NJ 1935, p. 95 e.v. (Atalanta)	149
HR 8 januari 1937, NJ 1937, 431 (Van der Feltz q.q./Hoornse Crediet- en Effectenbank)	99
HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder)	207
HR 23 december 1949, NJ 1950, 262 (Boendermaker/Schopman)	60, 83-87, 112
HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (Doyer & Kalff)	148, 159
HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (Erba/Amsterdamse Bank I)	2, 127
HR 24 januari 1958, NJ 1958, 194 (James q.q./Twijnstra)	99
HR 24 januari 1964, NJ 1964, 450 (Kindt/Viruly)	49
HR 11 maart 1964, NJ 1965, 380 (PHP/Ontvanger)	100
HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch)	59
HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (Curatoren Eneca/BACM)	91, 99, 135, 167, 169-173, 176, 178, 181, 185
HR 25 januari 1977, NJ 1977, 362 (Hoge Valksedijk)	49
HR 3 oktober 1980, NJ 1980, 643 (Imperial/Waanders)	61, 70, 129, 140
HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640 (Veluwse Nutsbedrijven)	48
HR 28 mei 1982, NJ 1983, 310, nt. BW (Van Galen/Wiarda q.q.)	206
HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters q.q./Gatzen)	2, 62
HR 27 april 1984, NJ 1984, 680 (Claassen q.q./Van Elderen)	222, 225
HR 12 april 1985, NJ 1986, 808 (Ontvanger/NMB)	48, 79
HR 10 mei 1985, NJ 1985, 792 (Smit/Van der Sijs q.q.)	80
HR 16 januari 1987, NJ 1987, 528 (Steinz q.q./AMRO)	99
HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (Loeffen q.q./Mees & Hope I)	31, 44-47, 105, 152- 154, 173, 237, 238
HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (AMRO/Curatoren THB)	148, 153, 158, 159
HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 450 (Kuijpers q.q./Ontvanger)	44, 48

HR 12 mei 1989, NJ 1990, 130 (Sigmacon I)	44
HR 30 juni 1989, NJ 1989, 769 (Reekers/Laurens)	87
HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel)	2, 61
HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 (Loeffen q.q./Mees & Hope II)	58, 64, 89, 94, 147, 149, 150, 152, 167, 173-176, 180, 181, 185
HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.)	84
HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526 (Bosselaar q.q./Interniber I)	73, 91, 122, 128-132, 135
HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.)	38, 99, 128
HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257 (Ontvanger/Pellicaan)	108
HR 30 september 1994, NJ 1995, 626 (Kuijsters/Gaalman q.q.)	204
HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN)	179
HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (Sigmacon II)	2, 48, 51, 103, 116, 238
HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (Gispén q.q./IFN)	105, 147, 154, 156, 175, 176, 236, 238
HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (Ravast/Ontvanger)	86, 87, 99, 112
HR 12 april 1996, NJ 1996, 488 (Bosselaar q.q./Interniber II)	99, 132, 140
HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Macloou/Curatoren Van Schuppen)	195
HR 30 mei 1997, NJ 1997, 663 (Van Essen q.q./Aalbrecht)	2, 51, 99, 103, 116, 238
HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 (Ontvanger/Hamm q.q.)	215
HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral/Stalt)	2
HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (Van der Hel q.q./Edon)	48
HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (Verkerk/Tiethoff q.q.)	99, 105, 147, 154, 156, 236, 238
HR 23 april 1999, NJ 2000, 158 (Van Gorp q.q./Rabobank)	179, 180
HR 4 februari 2000, NJ 2000, 192 (Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes)	140, 141, 144, 145
HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I)	2, 51, 103, 116, 147-149, 152, 159, 238
HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (Bakker q.q./Katko)	68, 108-110, 128
HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou)	213
HR 23 maart 2001, NJ 2003, 715 (Stichting Ofasec/NTM)	79, 193
HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 (Meijs q.q./Bank of Tokyo)	147-149
HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten q.q./Gilhuis)	73, 87-91, 112, 134, 170
HR 21 december 2001, NJ 2005, 95 (Lunderstädt/De Kok)	79, 193, 194
HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (SOBI/Hurks)	79, 193, 194
HR 7 juni 2002, NJ 2002, 608 (Komdeur q.q./Nationale Nederlanden)	216
HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447 (Akzo Nobel/ING)	105
HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (Cikam/Siemon q.q.)	141
HR 18 april 2003, JOR 2003/160 (Rivier de Lek/Van de Wetering)	167
HR 26 augustus 2003, JOR 2003/211 (IHC/UPC)	108
HR 5 september 2003, JOR 2003/289	80
HR 20 oktober 2003, JOR 2003/290 (ING/Van Horssen q.q.)	182
HR 28 november 2003, NJ 2004, 81 (ABN AMRO/Curatoren Koverto)	79
HR 5 maart 2004, NJ 2004, 316 (Vagobel/Geldnet)	222
HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618 (Bannenberg q.q./NMB-Heller)	89
HR 29 oktober 2004, NJ 2006, 203 (Van den Bergh/Van der Walle)	62
HR 19 november 2004, NJ 2005, 199 (ING/Gunning q.q.)	89, 178-183
HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II)	91, 94, 122, 132-140
HR 16 september 2005, NJ 2006, 311 (De Bont/Bannenberg q.q.)	61, 212
HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21 (Smit/Van Hees q.q.)	167, 173, 176-178, 185
HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419 (Van der Werff q.q./BLG)	216

HR 18 januari 2008, NJ 2008, 335 (Slijm/Brouwer)	44, 46, 72, 74, 92-94, 167, 182, 183
HR 19 december 2008, NJ 2009, 220 (Pannevis q.q./Air Holland)	38-42, 128
HR 20 februari 2009, NJ 2009, 376 (Ontvanger/De Jong q.q.)	221
HR 24 april 2009, NJ 2009, 416 (Dekker q.q./Lutèce)	62, 210, 212
HR 22 december 2009, NJ 2010, 273 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III)	5, 57, 77, 97, 107-110, 112, 118, 119, 121, 135, 137, 138, 140, 144, 160, 184, 241-243
HR 3 december 2010, JOR 2011/62 (Ingwersen q.q./Garantiefonds Vliegers Air Holland I)	99
HR 3 december 2010, NJ 2012, 196, nt. Du Perron (X/Bemoti)	192
HR 14 januari 2011, NJ 2011, 366 (Butterman q.q./Rabobank)	61
HR 14 januari 2011, NJ 2012/88 (Mesdag)	49
HR 29 april 2011, NJ 2011, 372 (Ontvanger/Eijking q.q.)	52
HR 10 juni 2011, JOR 2011/278 (Aardenburg q.q./Artocarpus)	109
HR 28 oktober 2011, JOR 2011/387 (Van Hees q.q./Y)	103, 240

Hof

Hof Arnhem 6 februari 1878, Regtsgeleerd Bijblad 1878, Afdeling B, p. 7-9	199, 201
Hof 's-Gravenhage 13 oktober 1930, NJ 1931, p. 460 e.v.	36
Hof Amsterdam 11 februari 1983, NJ 1984, 174	128
Hof Amsterdam 4 december 1986, NJ 1988, 407	148
Hof Arnhem 2 augustus 1988, NJ 1989, 890	151
Hof 's-Gravenhage 23 mei 1989, NJ 1990, 596	128
Hof Arnhem 10 december 1991, NJ 1993, 40	211
Hof Leeuwarden 9 december 1998, V-N 1998/8.26	38
Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 1999, JOR 1999/207	128
Hof 's-Hertogenbosch 11 mei 1999, JOR 2000/13	128
Hof Arnhem 5 december 2000, JOR 2001/99	192, 215
Hof 's-Gravenhage 24 april 2001, JOR 2001/192	141
Hof Arnhem 23 juli 2002, JOR 2004/85	77, 88, 91, 133, 135, 138
Hof Arnhem 25 maart 2003, JOR 2003/131	170, 179, 180
Hof Arnhem 9 september 2003, NJF 2003, 61	38
Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2005, JOR 2005/166	166
Hof Arnhem 21 maart 2006, JOR 2006/140	182
Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, JOR 2007/103	84
Hof Leeuwarden 28 februari 2007, JOR 2008/141	110, 120, 138, 144
Hof 's-Gravenhage 20 september 2007, JOR 2008/134	88
Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2008, JOR 2009/19	75
Hof Arnhem 15 september 2009, JOR 2010/112	155
Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2009, JOR 2010/210	61
Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2009, JOR 2010/314	100
Hof Arnhem 1 juni 2010, JOR 2010/325	88
Hof Amsterdam 7 december 2010, JOR 2011/99	182
Hof Leeuwarden 15 februari 2011, JOR 2011/268	109
Hof Arnhem 1 maart 2011, JOR 2011/203	48
Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2011, LJN: BU2081	192

Rechtbank

Rb. Rotterdam 12 december 1877, W. 4191	196
Rb. Amsterdam 10 oktober 1899, W. 7439	196
Rb. Maastricht 2 november 1933, NJ 1935, p. 158	59
Rb. Haarlem 15 november 1934, NJ 1935, p. 1063 e.v.	80
Rb. Utrecht 6 december 1939, NJ 1940, 355	196
Rb. Middelburg 27 december 1950, NJ 1952, 270	59
Rb. Utrecht 23 oktober 1985, NJ 1986, 355	80
Rb. Haarlem 26 januari 1988, NJ 1989, 660	128
Rb. Amsterdam 3 mei 1989, NJ 1990, 621	214
Rb. Groningen 17 augustus 1993, V-N 1994/434	38
Rb. Amsterdam 17 april 1996, JOR 1996/72	149
Rb. Maastricht 1 augustus 1996, JOR 1996/124	175, 176, 214
Rb. Amsterdam 8 november 1996, JOR 1996/9	120
Rb. Amsterdam 14 mei 1997, JOR 1997/87	114, 115, 128
Rb. 's-Hertogenbosch 5 september 1997, JOR 1997/131	114, 128
Rb. Rotterdam 11 december 1997, rolnummer HA ZA 96-2952	151
Rb. Zwolle 13 mei 1998, rolnummer HA ZA 97-765	151
Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1998, JOR 1998/156	38, 128, 213
Rb. Rotterdam 22 oktober 1998, JOR 1999/71	128
Rb. 's-Hertogenbosch 28 mei 1999, JAR 1999/157	108
Rb. Utrecht 1 september 1999, JOR 1999/235	108
Rb. Rotterdam 20 juli 2000, JOR 2000/247	89
Rb. Dordrecht 16 mei 2001, JOR 2001/163	128, 213
Rb. Amsterdam 6 juni 2001, JOR 2001/218	120
Rb. 's-Gravenhage 17 oktober 2001, JOR 2002/144	128, 189, 217
Rb. Arnhem 20 december 2001, JOR 2002/39	179-181
Rb. Haarlem 4 januari/8 februari 2002, JOR 2002/89	128
Rb. 's-Gravenhage 30 januari 2002, JOR 2002/120	81, 108
Rb. Almelo 16 oktober 2002, JOR 2003/44	128
Rb. Amsterdam 5 februari 2003, JOR 2003/124	50
Rb. Dordrecht 11 februari 2004, JOR 2004/314	78, 81, 82
Rb. Middelburg 6 januari 2005, JOR 2005/103	154
Rb. Utrecht 24 augustus 2005, JOR 2006/134	74
Rb. Utrecht 26 april 2006, JOR 2006/197	88, 89
Rb. Leeuwarden 17 januari 2007, JOR 2007/250	78, 88, 110, 168
Rb. Rotterdam 4 april 2007, JOR 2007/251	155
Rb. Utrecht 6 juni 2007, JOR 2008/19	155
Rb. Arnhem 4 juli 2007, JOR 2008/170	155
Rb. Utrecht 15 augustus 2007, JOR 2007/284	155
Rb. 's-Gravenhage 12 september 2007, JOR 2008/77	88
Rb. Breda 21 maart 2008, JOR 2008/178	79
Rb. Rotterdam 26 maart 2008, JOR 2010/202	151
Rb. Dordrecht 18 maart 2009, JOR 2009/178	101
Rb. Zwolle-Lelystad 8 april 2009, JOR 2009/238	182
Rb. Rotterdam 9 december 2009, JOR 2010/355	155
Rb. Rotterdam 24 februari 2010, JOR 2011/89	155
Rb. Utrecht 26 mei 2010, JOR 2010/254	138
Rb. Zutphen 17 juni 2010, JOR 2011/20	109
Rb. Groningen 14 juli 2010, JOR 2011/22	120
Rb. Zutphen 4 november 2010, JOR 2011/18	108

Rb. 's-Gravenhage 2 februari 2011, JOR 2011/136	108
Rb. Almelo 9 februari 2011, LJN: BP 6539	167
Rb. Amsterdam 23 maart 2011, JOR 2011/270	109
Rb. Alkmaar 10 augustus 2011, JOR 2012/57	154
Rb. 's-Gravenhage 15 december 2011, JOR 2012/64	79

Kantongerecht

Ktg. Oud-Beijerland 15 maart 1999, JOR 2000/84	149
--	-----

TREFWOORDENREGISTER

(Er wordt verwezen naar paginanummers. Slechts de belangrijkste vindplaatsen worden vermeld)

A

Absolute nietigheid	17, 18
Actieve schuldeiser	152, 161
Actio Pauliana buiten faillissement (art. 3:45 e.v. BW)	
- benadeling	58-60, 66, 69, 70, 83-87
- bevoegdheid	48, 79, 194
- derdenbescherming	219-221, 224, 225, 229
- objectief relatieve werking vernietiging	208-211
- rechtshandeling door derde (art. 3:48 BW)	43, 44, 194
- subjectief relatieve werking vernietiging	197, 198, 217
- wetenschap van benadeling	108, 110
Algemene Bankvoorwaarden	139
Anders dan om niet/om niet	26-28, 100-103, 184, 239-240
Antimisbruikwet	140, 146

B

Benadeling	
- aandeelhouders	81, 82, 95
- aantal schuldeisers	65, 80, 81
- als...dan-situaties	88, 89
- beslissende moment	83, 86, 87
- boedel	61, 65, 66, 94, 233
- boedelschuldeisers	77-80, 83, 113
- causaal verband	91, 114-117, 126, 216-217, 243
- faillissementsschuldeisers	78, 79
- generieke benadeling	60, 63
- gezamenlijke schuldeisers	59-62, 65, 66
- gunstige gevolgen	91-94, 167, 168
- middellijke	85-87, 112
- opheffen	211-213
- post-faillissementsschuldeisers	81, 82, 95
- posterieure schuldeisers	83-86
- schuldenaar	81
- specifieke benadeling	60-64, 94
- toename post-faillissementsvorderingen	67
- toename verifieerbare vorderingen	66, 67
- toets	86-94
- verhaalsbemoeijking	69, 70
- verhaalsmogelijkheden	58-68, 85, 104, 110, 111, 167, 168
- vermindering actief	14, 66

- vermindering eigen vermogen	68, 72-75
- verstoring bestaande rangorde	69, 72, 75-77, 112, 165
- voordeel ontgaan	175, 180
Beschikkingsonbevoegd	15, 217, 221
Betaling	
- aan schuldenaar op bankrekening	45, 46
- als rechtshandeling	33
- door schuldenaar van bankrekening	61-64
- gesecureerde vordering	75
- gevolgen vernietiging	199, 203, 204, 207-209
- (feitelijk) preferente schuldeiser	75, 76, 113, 137, 173
- rechtstreekse	182
Betwisten vordering	16, 67
Bevel rechter-commissaris	80, 194
Bevoegdheid	
- boedelschuldeiser	48, 79
- curator	16, 43, 44, 66, 67, 79, 193, 194
- faillissementsschuldeiser	16, 67, 193, 194
- vereffenaar	196
Bewijsvermoedens	
- overleg	155
- wetenschap van benadeling	18, 140-147
Boedel	
- afgescheiden vermogen	66-68
- benadeling	61, 65, 66, 94, 233
- gebaat	213-215, 233
Boedelafstand	196
Boedelschuldeisers	
- benadeling	77-80, 83, 113
- bevoegdheid	48, 79
Borgtocht	66, 129, 131, 155, 199
C	
Causaal stelsel	190, 217
Causaal verband	91, 114-117, 126, 216-217, 243
Curator	
- aansprakelijkheid	194, 195
- bevoegdheid	16, 43, 44, 66, 67, 79, 193, 194
- rechtshandelingen	48, 49
D	
(Derden)bescherming	
- opvolgende verkrijgers	219-225, 232
- persoonlijke rechten	220, 221
- rechtstreekse verkrijger	21, 28, 224, 228-232, 236, 237
Dividendbesluit	40-42
Driemaandentermijn	161-163

E

Ex nunc/ex tunc	189-190, 202
Executie	
- verkoop	48
- voldoening door tenuitvoerlegging titel	49-53

F

Faillissementsboedel	Zie boedel
Fixatiebeginsel	13, 17, 35, 52

G

Garantstellingsregeling curatoren	80
Gebaat	
- bevoordeelde (art. 42 lid 3 Fw)	28, 225
- boedel (art. 51 lid 3 Fw)	213-215, 233
- derde (art. 51 lid 2 Fw)	225
Generieke benadeling	60, 63
Geobjectiveerde wetenschap	
- benadeling	106
- faillissementsaanvraag	149
- insolventverklaring niet te vermijden	158
Goede trouw	
- opvolgende verkrijger	222, 223
- rechtstreekse verkrijger	21, 108, 230, 236
Goederenrechtelijk effect	2, 188, 217, 218

I

Inbetalinggeving	71, 75, 99, 128, 240
Inschrijving beroep faillissementspauliana	190, 191, 222
Ius vigilantibus	23, 24, 51, 152, 156, 157

K

Kosten beroep faillissementspauliana	195
Kosten juridische bijstand faillissement	150, 151, 164, 244
Krediet(ruimte)	
- betalingen ten laste van	62, 63, 77, 118, 127, 134-137
- zekerheden voor nieuw	76, 139, 144
- zekerheden voor oud	136

L

Liquidatie-akkoord	Zie boedelafstand
--------------------	-------------------

M

Machtiging rechter-commissaris	193
Materieel insolvent	68, 69, 95, 105, 112-114

Middellijke benadeling 85-87, 112

N

Nagekomen baten 197
 Nalaten 11, 32-34
 Negatieve boedel 3, 77-80, 113, 137, 215
 Novatie 99

O

Objectgerichtheid 188, 189
 Objectief relatieve nietigheid 209-217
 Om niet/anders dan om niet 26-28, 100-103, 184, 239-240
 Omkering bewijslast Zie bewijsvermoedens
 (verhouding tot) Ongerechtvaardigde verrijking 32, 102, 103, 184, 240
 (verhouding tot) Onrechtmatige daad 2, 51, 59, 84, 103, 104, 116, 189, 193, 212, 213, 238, 239
 Onverplicht/verplicht 21-26, 98-100
 Onverschuldigde betaling 200-206
 Overleg 25, 154-157, 185, 245
 Overwaardearrangement 177, 178

P

Pacta sunt servanda 22, 25
 (doorbreking) Paritas creditorum Zie verstorning bestaande rangorde
 Passieve schuldeiser 152, 153, 161
 Paulianabeslag 191
 Peeters q.q./Gatzen-vordering 2, 60, 84, 189, 212
 Pressiemiddel 149

R

Rechter-commissaris
 - bevel 80, 194
 - machtiging 193
 Rechtshandeling
 - curator 48, 49
 - derde 43, 44, 47-49
 - eenzijdig ongericht 105, 106
 - om niet/anders dan om niet 26-28, 100-103, 184, 239-240
 - onverplicht/verplicht 21-26, 98-100
 - tijdens faillissement 53, 54
 Rechtvaardiging voor verrichten rechtshandeling 150, 153, 163-167
 Reconstructie van de boedel 9-13, 61, 67, 78, 81, 95, 188
 Registergoed 190, 191, 222, 223
 Relatieve werking vernietiging
 - objectief 209-217
 - subjectief 197-209, 217, 218
 Revindicatie 200, 203, 222

S

Samenspanning	Zie overleg
Samenstel van rechtshandelingen	
- benadelingstoets	90-94
- nadelig	114-140
- niet nadelig	167-183
- vernietiging	36-42
Schuldeisersverzuim	52, 100, 183, 241
Schuldenaar	
- autonomie vermogen	16, 17, 104
- begunstigingsoogmerk	154-156, 238, 245
- benadeling	81
- centrale rol in de faillissementspauliana	235-239
- wetenschap van benadeling	20, 21, 28, 29, 46, 47, 104, 105, 183, 184, 236
Schuldvernieuwing	Zie novatie
Specifieke benadeling	60-64, 94
Subjectief relatieve nietigheid	197-209, 217, 218

T

Tenzij-clausule	163-167
Terugkooprecht	220, 227, 228
Terugwerkende kracht	
- faillietverklaring	18, 19
- vernietiging	188-190, 200-205, 207, 217, 232

V

Verdachte periode	Zie driemaandentermijn
Verdachte rechtshandeling	17, 18, 140
Vereffenaar	196
Verjaring	
- aanvechten met (faillissements)pauliana	34-36
- rechtsvordering tot vernietiging	67, 192, 193
- vordering ex art. 51 lid 1 Fw	206
Verkoop	
- bezwaard goed	74
- reële prijs	73, 74
- verrekening koopsom	40, 127, 128
Vernietiging	
- betaling	199, 203, 204, 207-209, 233
- goederenrechtelijk effect	2, 188, 217, 218
- in rechte/buiten rechte	87, 190, 191
- samenstel van rechtshandelingen	36-42
- terugwerkende kracht	188-190, 200-205, 207, 217, 232
- verklaring	191
- (wederkerige) overeenkomst	32, 107, 200-203, 206, 207, 210
Verplicht/onverplicht	21-26, 98-100
Verruimde pauliana	58, 59
Verstoring bestaande rangorde	69, 75-77, 112, 113, 165

Vertegenwoordiging	47, 49, 101
Vonnis	
- constitutief	190
- declaratoir	87, 190
Voorontwerp Insolventiewet	
- derdenbescherming	231, 232
- verplicht verrichte rechtshandelingen	157-167
Voorrecht	71, 111, 113, 189, 242

W

Wederkerige overeenkomst	32, 107, 200-203, 206, 207, 210
Wetenschap dat faillissement niet te vermijden is	153
Wetenschap dat insolventverklaring niet te vermijden is	158, 159
Wetenschap van benadeling	
- beslissende moment	36, 37, 107
- degene met of jegens wie de schuldenaar handelde	21, 108, 230, 236
- faillissement voorzienbaar	109-111
- geobjectiveerd	106
- gevolg rechtshandeling voorzienbaar	111-114
- kanswetenschap	108
- rechtshandeling die nadeel niet zelf heeft veroorzaakt	114-121
- schuldenaar	20, 21, 28, 29, 46, 47, 104, 105, 183, 184, 236
Wetenschap van de faillissementsaanvraag	
- geobjectiveerd	149
- restrictieve uitleg	98, 147
- welke aanvraag	149, 150

Z

Zekerheid	
- niet opeisbare schuld	144, 145
- nieuw krediet	76, 139, 144
- oud krediet	136
- overeenkomst/vestigingshandeling	77, 139
- schuld van een derde	144
- toekomstige schuld	145

WOORD VAN DANK

In de zomer van 2006 hebben Bas Kortmann en Corjo Jansen mij benaderd met de vraag of ik na het afronden van mijn studie, aan de faculteit verbonden wilde blijven om een proefschrift te schrijven. Hoewel ik toen nog geen helder beeld had van het werkzame bestaan aan de faculteit, was ik zeer vereerd door het aanbod. En dat ben ik nog steeds. Bas en Corjo, dank voor de vele mogelijkheden die jullie mij de afgelopen jaren hebben geboden en het vertrouwen dat jullie voortdurend in mij hebben gehad. Ook mijn promotores, Steven Bartels en Dennis Faber, ben ik veel dank verschuldigd, evenals Jako van Hees, die nauw bij het onderzoek betrokken is geweest. Wat heb ik veel van jullie geleerd! Steven, naast mijn promotor was jij ook mijn grote motivator. Je wist mij er steeds van te overtuigen dat het onderzoek met de juiste aanpak binnen de daarvoor gestelde termijn kon worden afgerond.

De leden van de leescommissie dank ik voor hun bereidheid het manuscript te beoordelen en hun waardevolle opmerkingen ten aanzien daarvan. Dat het manuscript nog in de herfst van 2012 in een boek heeft geresulteerd, is mede de verdienste van Gonnie Jakobs. Afgelopen zomer heeft zij weken lang hard gewerkt om het manuscript in de juiste opmaak naar de drukker te kunnen sturen. Voor alle feestelijkheden rondom de verdediging van mijn proefschrift ben ik mijn paranimfen Frits-Joost Beekhoven van den Boezem en David Heems veel dank verschuldigd. Frits-Joost en David, hoewel 'de grote dag' op het moment van schrijven nog moet aanbreken, twijfel ik er geen seconde aan dat jullie er een onvergetelijke gebeurtenis van zullen maken. Ik ben er trots op dat jullie als paranimfen bij deze voor mij zo bijzondere dag zijn betrokken!

Bij de gedachte aan een promotietraject zal bij sommigen wellicht het beeld bestaan van een eenzaam in een ivoren toren opgesloten promovendus. Dat dit beeld niet op mijn promotietraject van toepassing is geweest, is op de eerste plaats de verdienste van mijn Nijmeegse collega's. Met veel genoegen denk ik terug aan de vakinhoudelijke discussies, maar ook aan de sectie-uitjes, waarvan in het bijzonder de 'studiereis' naar Napels. Ook het Centrum voor Postdoctoraal Onderwijs (CPO) mag in dit verband niet onvermeld blijven. De vele cursussen die ik heb mogen verzorgen, hebben niet alleen voor de nodige afwisseling gezorgd, maar zijn ook mijn onderzoek ten goede gekomen. Dank ook aan Stibbe, dat mij de mogelijkheid

heeft gegeven om naast mijn onderzoek een dag in de week in de praktijk werkzaam te zijn. Meer dan voldoende afleiding was er ook op het persoonlijke vlak. Het heeft aan het afronden van het proefschrift niet in de weg gestaan, integendeel! Veel dank is er dan ook voor mijn ouders, familie en vrienden, in het bijzonder Rik Analbers, Frits-Joost Beekhoven van den Boezem, David Dalderup, Jaap Derks, David Heems, Thijs Oosterink, Maurits de Ruiters, Marco Seller, Daniël Stein, Hein Vencken en Roelard Verstegen. Jullie waren onmisbaar en zijn dat nog steeds. Dat onze vriendschap moge voortduren!

CURRICULUM VITAE

Robbert Jan van der Weijden is op 12 april 1983 in Doesburg geboren. In 2001 behaalde hij zijn VWO-diploma aan CSG Het Streek te Ede. Hij studeerde Nederlands recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, waar hij in 2006 de Duale Master Onderneming & Recht heeft afgerond (*cum laude*). In 2008 rondde hij de INSOLAD/Grotius specialisatieopleiding insolventierecht af (*cum laude*).

Van februari 2007 tot en met augustus 2012 was Van der Weijden werkzaam als docent en promovendus bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht. Van september 2010 tot en met augustus 2012 is hij tevens een dag per week verbonden geweest aan het advocatenkantoor Stibbe te Amsterdam. Van der Weijden is redacteur van het Maandblad voor Vermogensrecht. Hij publiceert regelmatig op het gebied van het burgerlijk recht en het insolventierecht en verzorgt daarnaast cursussen op dit terrein.

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

In de Serie Onderneming en Recht zijn de volgende delen verschenen:

0. W.C.L. van der Grinten, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, H. Wammes (*red.*), Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, Zwolle 1991.
1. S.C.J.J. Kortmann, P.J. Dortmund, A.W. Kist, N.E.D. Faber, A. van Hees, F.J.P. van den Ingh, A.J.M. Nuytinck (*red.*), Financiering en Aansprakelijkheid, Zwolle 1994.
2. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber (*red.*), Geschiedenis van de Faillissementswet, Deel 2-I Heruitgave Van der Feltz, I, Zwolle 1994.
Deel 2-II Heruitgave Van der Feltz, II, Zwolle 1994.
Deel 2-III Wetswijzigingen, Zwolle 1995.
Deel 2-IV Voorontwerp Insolventiewet, Deventer 2007.
3. A.G. van Solinge, Leeuwe- en andere delen, Enkele gedachten over winstverdeling bij personen- en kapitaalvennootschappen, Zwolle 1995.
4. J. Beuving, Factoring, Zwolle 1996.
5. D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, A.V.M. Struycken, N.E.D. Faber (*red.*), Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements, Deventer 1996.
6. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.H. de Ranitz (*red.*), De curator, een octopus, Deventer 1996.
7. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen, (*red.*), Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997.
8. J.J. van Hees, Leasing, Deventer 1997.
9. G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel, Deventer 1997.
10. S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, J.W.H. van Wijk, (*red.*), Overheid en onderneming, Deventer 1998.
11. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, E. Loesberg (*red.*), Corporate Governance in perspectief, Deventer 1998.

12. W.A.K. Rank,
De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk, Deventer 1998.
13. S.C.J.J. Kortmann, W.A.K. Rank, M.H.E. Rongen, G. van Solinge, H.L.E. Verhagen (*red.*),
Onderneming en Effecten, Deventer 1998.
14. R.E. van Esch,
Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht, Deventer 1999.
15. C.M. Hilverda,
Faillissementsfraude, Deventer 1999.
16. Gerard van Solinge, M.P. Nieuwe Weme,
Gedragsregels inzake een openbaar bod op aandelen, Deventer 1999.
17. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.A.M. Strens-Meulemeester (*red.*),
Vertegenwoordiging en Tussenpersonen, Deventer 1999.
18. J. Stuyck, M. Waelbroeck, B.L.P. van Reeken, S.B. Noë; F.O.W. Vogelaar (*red.*),
Competition law in the EU and the Netherlands. A practical guide, Deventer 2000.
19. S.O.H. Bakkerus,
Bancaire aansprakelijkheid, Deventer 2000.
20. C.J.M. Klaassen,
Schadeveroorzakend handelen in functie, Deventer 2000.
21. J.M.A. Berkvens, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, A. Oskamp (*red.*),
Onderneming en ICT, Deventer 2000.
22. I.P. Asscher-Vonk, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, E. Loesberg (*red.*),
Onderneming en Werknemer, Deventer 2001.
23. J.J. Dammingh,
Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken, Deventer 2002.
24. S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge, N.E.D. Faber (*red.*),
Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 2002.
25. C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge, L. Timmerman (*red.*),
Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer 2003.
26. Th.C.J.A. van Engelen,
Onverkoopbare vermogensrechten. Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd, Deventer 2003.
27. R.H. Maatman,
Het pensioenfonds als vermogensbeheerder, Deventer 2004.

28. Ewan McKendrick,
The Creation of a European Law of Contract, Deventer 2004.
29. D.W. Aertsen,
De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht,
Deventer 2004.
30. C.G. van der Plas,
De taak van de rechter en het IPR, Deventer 2005.
31. A. Steneker,
Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, Deventer 2005.
32. B.P.M. van Ravels,
Grenzen van voorzienbaarheid, Deventer 2005.
33. N.E.D. Faber,
Verrekening, Deventer 2005.
34. D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann, M.P. Nieuwe Weme (*red.*),
Marktmisbruik, Deventer 2006.
Handboek Marktmisbruik, Deventer 2008 (*tweede druk*)
35. R.H. Maatman,
"Het belangrijkste financiële product", Deventer 2006.
36. B.F.L.M. Schim,
Giraal effectenverkeer en goederenrecht, Deventer 2006.
37. T.H.D. Struycken,
De numerus clausus in het goederenrecht, Deventer 2007.
38. D.R. Doorenbos,
Naming & Shaming, Deventer 2007.
39. I.P. Asscher-Vonk, A. van Hees, R.H. Maatman, B.J. Schoordijk (*red.*),
Onderneming en integriteit, Deventer 2007.
40. D. Busch, D.R. Doorenbos, N. Lemmers, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme,
W.A.K. Rank (*red.*),
Onderneming en financieel toezicht, Deventer 2007.
41. N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
Fiduciaire verhoudingen << Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann >>,
Deventer 2007.
42. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (*red.*),
De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer
2007.
Deel 42-I Algemeen deel
Deel 42-II Bijzonder deel

43. A.J. Verdaas,
Stil pandrecht op vorderingen op naam, Deventer 2008.
44. N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann, N.S.G.J. Vermunt, Ch.A.M. Domingus-Schwencke (*red.*),
De bewindvoerder, een octopus, Deventer 2008.
45. L.G. Verburg,
De Koers van de bestuurder, Deventer 2008.
46. M.P. Nieuwe Weme, G. van Solinge, R.P. ten Have, L.J. Hijmans van den Bergh (*red.*),
Handboek Openbaar Bod, Deventer 2008.
47. J.W.P.M. van der Velden,
Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht, Deventer 2008.
48. H. Verschuieren, M.S. Houwerzijl (*red.*),
Arbeidsrecht over de grenzen heen: België, Nederland, Europa, de wereld, Deventer 2009.
49. N.E.D. Faber, H.W. Heyman, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwencke, C. Rijckenberg (*red.*),
Knelpunten bij beslag en executie, Deventer 2009.
50. M.S. Houwerzijl, S.S.M. Peters (*red.*),
Exit. Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking, Deventer 2009.
51. D. Busch, C.M. Grundmann-van de Krol (*red.*),
Handboek Beleggingsondernemingen, Deventer 2009.
52. J.C.A. Houdijk,
Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen, Deventer 2009.
53. C.M. Hilverda,
Faillissementsfraude (*derde druk*), Deventer 2009.
54. N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van der Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
De Kredietcrisis, Deventer 2010.
55. J.B. Spath,
Zaaksvervanging, Deventer 2010.
56. F.E.J. Beekhoven van den Boezem,
Credit Claims, Deventer 2010.
57. D. Busch, D.R. Doorenbos, C.M. Grundmann-van de Krol, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme, W.A.K. Rank (*red.*),
Onderneming en financieel toezicht, Deventer 2010.

58. N.E.D. Faber, H.J. Damkot, N.S.G.J. Vermunt, Ch.A.M. Domingus (*red.*),
Bancaire zekerheid, Liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, Deventer 2010.
59. L.G. Verburg,
Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-Carcinoom, Deventer 2010.
60. A.D.W. Soedira,
Het akkoord, Deventer 2011.
61. D. Busch,
Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?, Deventer 2011.
62. A.J. Tekstra,
Verrekening door de fiscus, Deventer 2011.
63. S.E. Bartels, A.J. Verdaas, R.J. van der Weijden (*red.*),
Effecten en vermogensrecht, Deventer 2011.
64. R.H. Maatman, R.M.M.J. Bauer, D. Busch, L.G. Verburg (*red.*),
Onderneming en pensioen, Deventer 2011.
65. J.W.A. Biemans,
Rechtsgevolgen van stille cessie, Deventer 2011.
66. C.J.M. Klaassen, G. van Solinge, H.M. de Mol van Otterloo, P.E. Ernste (*red.*),
Onderneming en ADR, Deventer 2011.
67. N. van Tiggele-van der Velde, R.G.L. Gerrits, F. Soeteman, J.H. Wansink (*red.*),
"Verzekering ter beurze". Coassurantie in theorie en praktijk, Deventer 2011.
68. B. Bierenens, C.M. Grundmann-van de Krol, D.J.R. Lemstra, T.M. Stevens (*red.*),
Handboek Beursgang, Deventer 2011.
69. P.J. van der Korst, R. Abma, G.T.M.J. Raaijmakers (*red.*),
Handboek Onderneming en aandeelhouder, Deventer 2012.
70. M.H.E. Rongen,
Cessie, Deventer 2012.
71. V.P.G. de Serière,
Als de (stille?) noodklok luidt ...Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van stabiliteit in de financiële sector, Deventer 2012.
72. N.E.D. Faber, J.J. van Hees, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
Overeenkomsten en insolventie, Deventer 2012.
73. C.M. Hilverda,
De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is, , Deventer 2012.
74. P.E. Ernste,
Bindend advies, Deventer 2012.

75. R.J. van der Weijden,
De faillissementspauliana, Deventer 2012.



EEN SAMENWERKINGSVERBAND

VAN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

VAN DE RU NIJMEGEN EN

ABCON N.V.

AKZO NOBEL NV

ALLEN & OVERY

DR BRAUW BLACKSTON VETZELGEN

CLIFFORD CHANCE

HONDIHOFF BUNUSKA

ING GROEP N.V.

LOVENS & LOUPE

NAIPA BUTLER

PELS RIJCKEN & DEGGELDER FORTUYN

RADONAKSE NEDERLAND

STIEPE

STICHTING BUNEDIGON

STICHTING PENSIOENFONDS ABP



9 789013 110036 >

WWW.KLUWER.NL